



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Frau Regierungsdirektorin Janzen
Bundesministerium der Justiz
Referat I A 5

11015 Berlin

vorab per E-Mail:
gallin-co@bmj.bund.de

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 19. Januar 2010

Vorschlag für eine Verordnung des Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses – KOM(2009)154 endgültig
Aktenzeichen: Zu I A 5 – 9340/9 – 7 – 2 – 14 954/2009

Sehr geehrte Frau Janzen,

gern nimmt der Deutsche Notarverein die Gelegenheit wahr, sich zu dem o. g. Vorschlag der EU-Kommission (nachfolgend als „VO-Entwurf“ bezeichnet) zu äußern. Eigens zu diesem Zweck haben wir eine Arbeitsgruppe aus im internationalen Erb- und Privatrecht spezialisierten Notaren aus den verschiedenen Notariatsformen (Klein-, Mittel- und Großstadtnotariat) gebildet, deren Mitglieder ihre jahre- bis jahrzehntelange Berufserfahrung in diesem Bereich in die Stellungnahme eingebracht haben¹.

A. Vorbemerkungen

1. Mehr Rechts- und Gestaltungssicherheit durch einheitliche europäische Normen

Wir begrüßen die Vereinheitlichung des internationalen Privat- und Privatverfahrensrechts in Erbsachen nachdrücklich.

¹ Die Mitglieder der Arbeitsgruppe sind am Ende dieses Schreibens namentlich aufgeführt.
Deutscher Notarverein e. V. • AG Charlottenburg VR 19490 Nz
Kronenstraße 73/74 • D-10117 Berlin • Tel. +49 (0)30 / 20 61 57 40 • Fax +49 (0)30 / 20 61 57 50
Büro Brüssel: Avenue de Cortenbergh 172 • B-1000 Bruxelles • Tel. +32 (0)2 / 6 47 79 52 • Fax +32 (0)2 / 6 47 79 53
Email: kontakt@dnotv.de • <http://www.dnotv.de>

Das Erbrecht gehört zu den Kerngebieten notarieller Tätigkeit. Notare begleiten ihre Mandanten zunächst vorsorgend als Gestalter letztwilliger Verfügungen.² Im Erbfall werden Notare sodann vor allem im Zusammenhang mit Erbscheinsanträgen, Erbausschlagungen und Erbaueinandersetzungen tätig.³ Das zusammenwachsende Europa hat dazu geführt, dass die Zahl der Erbsachen mit internationaler Berührung seit Jahren ansteigt. Die Vielzahl der Gutachten des Deutschen Notarinstituts in Würzburg⁴ gerade zum internationalen Erbrecht belegt diese Beobachtung und zeugt von der notariellen Expertise auf diesem Gebiet.

Dennoch – gerade aus kautelarjuristischer Sicht lassen sich bisher viele Sachverhalte nur unbefriedigend regeln. Insbesondere bei Erblassern mit Vermögen in verschiedenen Ländern werden die Erben und die sie begleitenden Notare häufig auch mit Abwicklungsproblemen konfrontiert, wenn je nach Bereich oder Blickwinkel verschiedene Erbstatute maßgeblich sind oder sogar kollidieren.

Eine Vereinheitlichung des Kollisions- und internationalen Verfahrensrechts würde daher die notarielle Praxis erheblich erleichtern und im Interesse der Bürgerinnen und Bürger der EU-Mitgliedstaaten für mehr Gestaltungs- und Rechtssicherheit sorgen.

2. Ausgewogene Grundprinzipien zur internationalen Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht

Die wesentlichen Grundentscheidungen der Kommission sind nach unserer Auffassung auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen.

Wir begrüßen ausdrücklich das Bekenntnis der Kommission zum Grundsatz **der Nachlass-einheit**. Auch die **Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt**, verbunden mit **Rechtswahlmöglichkeiten zu Gunsten des Heimatrechts**, erscheint richtig und als ausgewogener Kompromiss zwischen traditionell eher aufenthaltsorientierten und eher staatsangehörigkeitsorientierten Rechtsordnungen. Hinter diese beiden Grundentscheidungen sollte man im Gesetzgebungsverfahren nicht mehr zurückfallen. Auch der grundsätzliche **Gleichlauf der internationalen Zuständigkeit mit der objektiven Anknüpfung nach Art. 16 VO-Entwurf** erscheint sachgerecht und gelungen.

² Dazu gehören im weitesten Sinne auch lebzeitige Regelungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, häufig verbunden mit Pflichtteilsverzicht, Anrechnungen auf den Pflichtteil oder Ausgleichsanordnungen.

³ In vielen Ländern vor allem Osteuropas sind Notare darüber hinaus allgemein für die Nachlassverfahren zuständig; vgl. dazu in Deutschland den Koalitionsvertrag, der den Länder die Möglichkeit einer Übertragung der Aufgaben der Nachlassgerichte 1. Instanz auf die Notare eröffnen möchte.

⁴ www.dnoti.de.

3. Das europäische Nachlasszeugnis

Das im VO-Entwurf vorgesehene **europäische Nachlasszeugnis** ist grundsätzlich ebenfalls geeignet, den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr in Erbsachen zu vereinheitlichen und zu erleichtern. Allerdings stellt die sachgerechte Ausgestaltung des Zeugnisses, das den unterschiedlichen Rechtstraditionen gerecht werden soll, eine Herausforderung für den europäischen Gesetzgeber dar. Insbesondere aus Sicht des insgesamt schlanken und effizienten deutschen Nachlassverfahrens⁵ sollte auch für das europäische Nachlasszeugnis die Maxime gelten, dass dieses nicht mehr, aber auch nicht weniger Informationen enthält, als unbedingt nötig.

Was das **Verfahrensrecht** im Hinblick auf das europäische Nachlasszeugnis angeht, sollte sich der europäische Gesetzgeber soweit wie möglich zurückhalten und sich auf inhaltliche Vorgaben für das Europäische Nachlasszeugnis beschränken. Erheblich effizienter als die „Erfindung“ neuer Verfahren wäre es, wenn die in den Mitgliedstaaten zuständigen Stellen auf ihr jeweiliges nationales Verfahrensrecht zurückgreifen könnten. Jede Rechtsordnung hat schließlich ihre Methode, den Rechtsnachfolger (Erben, Vermächtnisnehmer) rechtssicher in den Nachlass „einzuantworten“. Bildlich gesprochen würde sich das „Vehikel“ Europäisches Nachlasszeugnis dann auf den bekannten und bewährten nationalen Straßen bewegen. Auf teure und letztlich überflüssige Investitionen in eine parallele (verfahrensrechtliche) Infrastruktur sollte – soweit irgend möglich – verzichtet werden. Als Vorbild sollte insoweit Art. 44 VO-Entwurf dienen, der bereits im Hinblick auf die Rechtsbehelfe auf die nationale Struktur verweist. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die nationalstaatlichen Erbnachweise ja nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt werden sollen. Überdies ist zu berücksichtigen, dass das Verfahrensrecht in hohem Maße davon bestimmt wird, ob in dem materiellen Erbrecht des jeweiligen Staates das Anfalls- oder das Antrittsprinzip herrscht. In Staaten mit Anfallsprinzip ist das Ergebnis eines Nachlassverfahrens notwendigerweise deklaratorisch, in solchen mit Antrittsprinzip demgegenüber notwendigerweise konstitutiv (zu den Einzelheiten vgl. die Ausführungen zu Artt. 36 ff. VO-Entwurf, S. 29).

4. Fremdkörper der „Urkundsanerkennung“

Einen Fremdkörper im VO-Entwurf stellen die in Kapitel V. enthaltenen Regelungen über öffentliche Urkunden dar. Die Frage der Anerkennung öffentlicher Urkunden geht weit über den auf das Erbrecht beschränkten Anwendungsbereich der Verordnung hinaus und sollte daher ausgeklammert werden (vgl. im Einzelnen dazu unten die Anmerkungen zu Artt. 34 und 35 VO-Entwurf, S. 27ff.).

⁵ Die deutschen Regeln in Nachlasssachen zeichnen sich durch sehr weitgehende staatliche Zurückhaltung aus. Die Nachlassgerichte werden immer nur dann und soweit tätig, wie ein konkretes Bedürfnis besteht. Viele Erbsachen in Deutschland können daher auch ohne förmliche Befassung des Nachlassgerichtes erledigt werden.

5. Nationale Umsetzung der Erbrechtsverordnung

An dieser Stelle regen wir an, dass sich das Bundesjustizministerium möglichst frühzeitig mit den **Auswirkungen der Erbrechtsverordnung auf das im EGBGB geregelte nationale Kollisionsrecht** beschäftigt. Angesichts der in Artikel 25 VO-Entwurf angeordneten universellen Anwendung dürfte für Art. 25 EGBGB zukünftig neben der Verordnung kein Raum mehr bestehen. Hier bietet sich an, Art. 25 EGBGB jedenfalls im Anwendungsbereich der VO außer Kraft zu setzen, soweit nicht aus Gründen des intertemporalen internationalen Privatrechts eine Fortgeltung angeordnet werden muss (vg. unten die Anmerkungen zu Art. 50 VO-Entwurf; S. 41f.).

6. Sprache und Begrifflichkeiten

Die vorgelegte **deutsche Übersetzung weicht zum Teil erheblich und sinnenstehend von der originalen französischen Entwurfsfassung ab**. Daher wird nachfolgend meist zusätzlich die französische Fassung zitiert. Es wird angeregt, dass auch im Bundesjustizministerium beide Sprachfassungen parallel gelesen werden. Die Arbeitsgruppe des Deutschen Notarvereins hat vorrangig die französische Sprachfassung verwendet.

Im deutschen Recht handelt es sich wie in den meisten europäischen Rechtsordnungen beim Nachlassverfahren um ein **Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit**. Auch nach der kürzlich erfolgten Reform des Verfahrensrechts durch das FamFG weist das FG-Verfahren erhebliche Unterschiede zum Zivilprozess auf. So ist das FG-Verfahren kein kontradiktorisches Verfahren mit „Kläger“ und „Beklagtem“, sondern ein häufig von Amts wegen, manchmal auch auf einen Antrag hin einzuleitendes Verfahren mit zumeist mehreren „Beteiligten“, nicht „Parteien“. Das Verfahren ist zudem im Gegensatz zum Zivilprozess vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägt. Der Text des VO-Entwurfs trägt diesen Unterschieden nicht Rechnung. Zum Teil scheinen die Entwurfsverfasser sprachlich vom kontradiktorischen Zivilprozess ausgegangen zu sein (zu Einzelheiten siehe die Kommentierung zu Artt. 7, 11 ff., S. 15ff.).

7. Abgrenzungsfragen

a) Familienrecht

In der Begründung zum VO-Entwurf wird darauf hingewiesen, dass zum Teil zwischen Erb- und Familienrecht enge Berührungspunkte bestehen. Gleichwohl seien beide Zivilrechtsgebiete hinreichend eigenständig und somit voneinander abgrenzbar. Mit dem zeitnahen Erlass einer Verordnung zum internationalen Güterrecht, mit der ein Gleichlauf zwischen anwendbarem Erb- und Familienrecht häufiger erreicht werden könnte, ist wohl nicht zu rechnen.

Allerdings sind besonders das deutsche Familien- und Erbrecht wegen der **Bestimmung des § 1371 Abs. 1 BGB** ganz besonders eng miteinander verzahnt. Die daraus bereits im

nationalen Kollisionsrecht resultierenden Qualifikationsprobleme sind hinreichend bekannt.⁶ Es kann nicht Aufgabe des europäischen Gesetzgebers sein, diese im nationalen Recht liegenden Probleme auf europäischer Ebene zu lösen. Allerdings könnte die europäische Regelung den deutschen Gesetzgeber veranlassen, § 1371 BGB so zu reformieren, dass die Vorschrift mit internationalen Erbfällen besser kompatibel wird. Für weitere Überlegungen einschließlich möglichen Formulierungen stehen wir gern zur Verfügung.

b) Sachenrecht

Über das in der Entwurfsbegründung ausdrücklich genannte Familienrecht hinaus hat das Erbrecht aber auch vielfältige Berührungspunkte zu weiteren Zivilrechtsgebieten, darunter etwa dem Gesellschaftsrecht (Vererbung von Gesellschaftsanteilen) und dem Sachenrecht. Fragen des Formstatuts bedürfen ebenfalls einer gesonderten Behandlung. Es ist klar, dass die Verordnung hier – so wie schon das nationale Recht – keine Antwort auf alle sich theoretisch stellenden Fragen geben kann. Die Konkretisierung der autonom auszulegenden Begriffe wird man letztlich dem Europäischen Gerichtshof überlassen müssen.

Besonders wichtig und schwierig erscheint jedoch die **sorgfältige Abgrenzung und Trennung von erb- und sachenrechtlichen Vermögensübergängen**. Eine Vielzahl unterschiedlicher Fallkonstellationen bedarf hier der Betrachtung und Einordnung (Qualifikation), inwieweit sie dem Erbrecht oder dem Sachenrecht unterliegen, etwa: Welche Vermögenspositionen werden bereits mit dem Erbfall von wem erworben? Welche Vermögenspositionen werden erst auf der Grundlage des Erbfales nach allgemeinen sachenrechtlichen Bestimmungen übertragen? Nur für den **Rechtsgrund des Erwerbs von Todes wegen**, dürfte die alleinige Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt und das damit verbundene Prinzip der Nachlasseneinheit sachgerecht sein. Im Hinblick auf die **Art und Weise des Erwerbs** ist demgegenüber zusätzlich die Einbeziehung des Sachenrechts mit seiner Anknüpfung an die *lex rei sitae* erforderlich. Nur eine solche (zweistufige) Differenzierung sichert die Anknüpfung von Erwerbsvorgängen an die jeweiligen nationalen und tief in den Rechtsordnungen verwurzelten Strukturen, angefangen vom *numerus clausus* der Sachenrechte über die sachenrechtlichen Erwerbstatbestände (Von-Selbst-Erwerb, Antrittserwerb, hoheitlicher Einweisungserwerb, sachenrechtlicher Übereignungsvertrag etc.) und das Vollstreckungsrecht bis hin zur konstitutiven Eintragung von Rechten in öffentlichen Registern.

Diese Stellungnahme unterbreitet zur **Abgrenzung von Erb- und Sachenrecht** den Vorschlag, mit dem gemeinen Recht zwischen *iusta causa traditionis* und *traditio* zu unterscheiden⁷. Das deutsche Recht hat daraus über die Lehre von „*titulus*“ und „*modus*“ des Erwerbs im *Usus Modernus*⁸ das Abstraktionsprinzip mit dem für den Eigentumsübergang er-

⁶ Vgl. Palandt/Thorn, 69. Aufl. 2010, Art. 15 EGBGB, Rn. 26; Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn. 283 ff.

⁷ Näher hierzu Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Band I, 1985, § 56.

⁸ Coing, aaO, § 56 I sowie ders., Europäisches Privatrecht, Band II, 1989, § 72 I.

forderlichen eigenständigen dinglichen Vertrag entwickelt⁹. Das französische Recht – und dieser Doktrin folgend auch der italienische *Codice Civile*¹⁰ – auf der anderen Seite der Extrempositionen lässt im Anschluss an naturrechtliche Lehren das Eigentum mit Wirkung *inter partes* bereits mit Abschluss des kausalen Rechtsgeschäfts übergehen¹¹, hält also eine bloße („schuldrechtliche“) Willensübereinstimmung für ausreichend. An die *publicité* knüpft (nur) die Wirkung des Eigentumsübergangs *erga omnes* an¹². Dazwischen liegen etwa das österreichische¹³, spanische¹⁴ und niederländische¹⁵ Recht, die die gemeinrechtliche Lehre eines kausalen Rechtsgeschäfts mit Realakt als Voraussetzung des Eigentumserwerbs beibehalten haben.

Es wäre vermessen, in einer EU-Verordnung zu einer Spezialmaterie in einen Kontext von Jahrhunderten juristischer Dogmengeschichte eingreifen und die aufgezeigten Fragen für alle Mitgliedstaaten zufriedenstellend lösen zu wollen. Eine europäische Regelung sollte diesen nationalen Besonderheiten jedoch angemessen Rechnung tragen. Dies könnte etwa dergestalt geschehen, dass das erbrechtliche Geschäft (etwa: Verfügung von Todes wegen, Erbteilung) als *iusta causa* begriffen wird, das zu seinem Vollzug je nach den Erfordernissen des nationalen Rechts des Mitgliedstaates eines weiteren (Vollzugs-) Aktes bedarf (*traditio*). Welche Erfordernisse im einzelnen hierfür bestehen, bestimmt sich dann nach dem Sachenrecht des jeweiligen Mitgliedstaates.

⁹ Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band 3, 1840, S. 312-314. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, §§ 171, 172 (hier zitiert nach der 4. Aufl. 1875). Hierzu Coing, aaO, Band II, § 72 II.

¹⁰ Art. 922, 1376, 1476 CC.

¹¹ Vgl. nur Art. 938, 1138 ff., 1583 Code Civil; hierzu auch Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, 1990, S. 271 ff.

¹² Coing, aaO Band II, § 72 IV.

¹³ § 380 ABGB als Paradigma für die Lehre von *titulus et modus acquirendi*.

¹⁴ Art. 609, 1095 Código Civil.

¹⁵ Siehe etwa nur Boek 7 Art. 9 Burgerlijk Wetboek.

B. Einzelanmerkungen

Art. 1, Anwendungsbereich

a) Art. 1 Abs. 3 (b) VO-Entwurf

Art. 1 Abs. 3 (b) VO-Entwurf nimmt zunächst die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit vom Anwendungsbereich der Verordnung aus, stellt jedoch gleichzeitig klar, dass die Testierfähigkeit, die Erbfähigkeit und die besonderen Erbunfähigkeitsgründe entsprechend Art. 19 Abs. 2 (c) und (d) VO-Entwurf dem Anwendungsbereich des Erbstatuts unterfallen¹⁶. Bedeutung hat dies für den Erbvertrag, denn § 2275 BGB stellt klar, dass der Erblasser bei Abschluss eines Erbvertrages nicht nur testierfähig (§ 2229 BGB), sondern auch unbeschränkt geschäftsfähig sein muss. Die damit verbundene gesonderte Anknüpfung der Testierfähigkeit einerseits und der Geschäftsfähigkeit andererseits mag zwar für den Praktiker misslich sein, ist aber unvermeidbar.

b) Art. 1 Abs. 3 (i) VO-Entwurf

Die Ausnahme in Art. 1 Abs. 3 (i) VO-Entwurf (*Trust*) ist zu weit gefasst. Es sollte klargestellt werden, dass erbrechtliche *statutory trusts* und *testamentary trusts* unter die Verordnung fallen, da sonst ein großer Teil des englischen (materiellen) Erbrechts ausgeklammert wäre¹⁷.

c) Art. 1 Abs. 3 (j) VO-Entwurf

Art. 1 Abs. 3 (j) VO-Entwurf sollte über die „Art“ der dinglichen Rechte hinaus ganz generell „Fragen des Sachenrechts“ (Hervorhebung durch die Verf.; vgl. im Übrigen die Formulierung in Art. 1, Abs. 3 (a), (d) und (g) VO-Entwurf) aus dem Anwendungsbereich der Verordnung herausnehmen. Dies gilt insbesondere für den „Erwerb“ von dinglichen Rechten. Das Abstellen auf ihre „*publicité*“ entspricht der französischen Tradition eines Registers, das „Rechtsakte“ verlautbart, greift also eine **Extremposition** aus dem oben unter A. 7 b) (S. 5f.) dargestellten Kontext heraus. Hier zeigt sich deutlich die unbewusste „Pfadabhängigkeit“ der Entwurfsverfasser¹⁸. Ein mitteleuropäisches Grundbuch (Deutschland, Schweiz, Österreich, Polen, Baltikum etc.) verlautbart eben keine „Rechtsakte“, sondern „Rechte“. An dieser Stelle kommt in einem europäischen Kontext die oben bereits eingeführte gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen *iusta causa traditionis* und *traditio* beim Erwerb von Vermögensgegenständen zum Tragen. Das nach dem Entwurf anwendbare Erbrecht sollte nur den **Titel**, d.h. das *ius ad rem*, regeln, während das Sachenrecht der *lex rei sitae* den **Erwerb** des *ius in re* bestimmen sollte.

¹⁶ In der deutschen Übersetzung ist der Satzteil „*de disposer*“ weggefallen. Damit ergibt sich für den deutschen Leser die Frage, ob Art. 3 Abs. 3 lit b) auch die Testierfähigkeit aus dem Anwendungsbereich der VO ausnimmt, was nicht der Fall ist.

¹⁷ Ebenso mit ausführlicher Begründung Dutta, RabelsZ 2009, 547, 592-595.

¹⁸ Vgl. auch Luk. 23, 34.

Beispiel 1:

Erblasser E verstirbt in einem Land mit erbrechtlichem Antrittsprinzip und der Möglichkeit eines Vindikationslegats. Er vermacht handschriftlich durch Vindikationslegat folgende in Deutschland belegene Gegenstände:

- a) ein Grundstück für „meinen geliebten Mausenspatz“;
- b) einen GmbH-Anteil demjenigen „meiner Angestellten, der am ehesten unternehmerisch denken kann“;
- c) je eine dinglich zu sichernde Geldrente „meinen getreuen Zugehfrauen“
- d) „meinem Lieblingsneffen“ denjenigen der beiden VW-Käfer, der ihm „am besten gefällt“;
- e) „meinen Nachbarn das von ihnen so geliebte Kunstwerk“,
etc.

Aus Gründen sowohl der Rechtssicherheit als auch der Einfachheit hat die deutsche Rechtsordnung auf ein Vindikationslegat verzichtet¹⁹. Ursächlich hierfür ist nicht nur der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz. Bei den aus der erbrechtlichen Praxis bekannten (und gefürchteten) privatschriftlichen Testamenten mit umfangreichen Vermächtniskatalogen – wie in dem vorliegenden Beispielsfall – wird diese Entscheidung vollends verständlich. Der Rechtsverkehr soll nicht mit dem Risiko der Inhaberschaft von Nichtberechtigten belastet werden. Der Erbe ist hier sachnäher. Wenn eine Rechtsordnung mit ihren Institutionen einem „Mausenspatz“ ohne dinglichen Übertragungsakt rechtssicher die Verfügungsgewalt über ein Grundstück zuordnen kann, dann soll sie das tun. In Deutschland würde man sich wohl mit einer vorgängigen Auflassung vom Erben an den dann namhaft gemachten Vermächtnisnehmer leichter tun.

Das Beispiel zeigt im Übrigen, dass der Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 3 (j) VO-Entwurf nicht nur Rechte an Sachen erfasst, sondern auch Rechte an Rechten („*droits réels portant sur un bien*“), insbesondere auch die Inhaberschaft an einer Forderung oder einem sonstigen Recht. Das ist sachgerecht.

¹⁹ Siehe BGH v. 28.09.1994 – IV ZR 95/93, FamRZ 1994, 1585 = NJW 1995, 58 = DNotZ 1995, 604.

Art. 2, Begriffsbestimmungen

a) Art. 2 (b) VO-Entwurf

Die Gleichstellung von Gerichten mit sonst für das Erbverfahren zuständigen Stellen in Art. 2 (b) VO-Entwurf trägt der Tatsache Rechnung, dass in Europa vielfach insbesondere Notare für das Nachlassverfahren zuständig sind. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die insoweit hoheitliche Tätigkeit der Notare von der Europäischen Kommission offenbar ohne Bedenken anerkannt wird, während gleichzeitig in einem Vertragsverletzungsverfahren die hoheitliche Tätigkeit und Funktion des Notariats lateinischer Prägung vehement bestritten wird.²⁰

b) Art. 2 (c) VO-Entwurf

Die Begriffsbestimmung zum „Erbvertrag“ in Art. 2 (c) VO-Entwurf ist in der deutschen Fassung fehlerhaft übersetzt. Zumindest im deutschen Recht muss der Erblasser, damit es sich um einen Erbvertrag handelt, selbst am Vertrag beteiligt sein (§ 2274 BGB). Die gegenwärtige deutsche Begriffsbestimmung in Art. 2 (c) VO-Entwurf ist dagegen weiter und würde auch Verträge nach § 311b Abs. 4 BGB [(Nichtigkeit eines) Vertrag(es) über den Nachlass eines noch lebenden Dritten] und § 311b Abs. 5 BGB (Erbschaftsverträge) umfassen. Es wird daher vorgeschlagen, Art. 2 (c) VO-Entwurf entsprechend der englischen und der französischen Version wie folgt zu übersetzen:

Formulierungsvorschlag:

„Erbvertrag“ eine Vereinbarung, durch die mit oder ohne Gegenleistung Rechte an dem künftigen Nachlass einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, geändert oder entzogen werden.“

c) Art. 2 (d) VO-Entwurf

Die Begriffsbestimmung zum „gemeinschaftlichen Testament“ in Art. 2 (d) VO-Entwurf ist mit dem deutschen materiellen Erbrecht ebenfalls nicht vereinbar, denn die Definition verlangt eine gemeinsame Urkunde (nach deutschem Recht nicht erforderlich, § 2267 BGB ist lediglich eine Formerleichterung) sowie eine im gemeinschaftlichen Testament enthaltene Erbeinsetzung (nach deutschem Recht muss keine Erbeinsetzung enthalten sein; das Testament kann sich auch etwa auf die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, eines Vermächnisses oder einer Auflage beschränken).

Nach deutschem Verständnis unterscheidet sich ein gemeinschaftliches Testament von Einzelverfügungen dadurch, dass seiner Errichtung ein gemeinsamer Entschluss der Ehegatten/Lebenspartner vorausgeht („subjektive Theorie“)²¹. Eine das deutsche gemeinschaftliche Testament umfassende Begriffsbestimmung könnte daher wie folgt lauten:

²⁰ EuGH Rs. C-54/08.

²¹ vgl. Palandt/Edenhofer, 69. Auflage (2010), Einf v § 2265 BGB, Rn. 2.

Formulierungsvorschlag:

„gemeinschaftliches Testament“ ein von zwei oder mehr Personen errichtetes Testament, das auf deren gemeinsamen Entschluss beruht.“

d) Art. 2 (h) VO-Entwurf

Art 2 (h) VO-Entwurf definiert die „öffentliche Urkunde“. Bereits an dieser Stelle sei darauf aufmerksam gemacht, dass man diesen Begriff nicht auf die notarielle Urkunde verengen darf. Gerade im Bereich des Erbrechts und im Zusammenhang mit einem eventuell zu erteilenden Europäischen Nachlasszeugnis sind neben notariellen Urkunden insbesondere auch alle Personenstandsurkunden – angefangen von Geburts- und Heiratsurkunden bis hin zu Adoptionsnachweisen, Vaterschaftsanerkennungen, Legitimierungen und Scheidungsurteilen – umfasst. Hier sollte sorgfältig überlegt werden, ob diese europaweit ohne weiteres anerkannt werden sollen (vgl. dazu auch unten die Erwägungen zu Artt. 34, 35 VO-Entwurf, S. 27ff.).

Problematisch ist auch hier die Übersetzung von „*établie*“ im zweiten Spiegelstrich mit „festgestellt“. Entsprechend § 415 ZPO sollte man von „aufgenommen“ sprechen. Es gibt in Deutschland kein behördliches Feststellungsverfahren für öffentliche Urkunden.

Art. 3, Gerichte

Angesichts der Begriffsbestimmung von „Gericht“ in Art. 2 (b) VO-Entwurf erscheint die in Art. 3 VO-Entwurf enthaltene Einschränkung überflüssig. Nichtgerichtliche Stellen (*autorités non judiciaires*) unterfallen dem Begriff „Gericht“ nur, soweit sie als mit Hoheitsbefugnissen ausgestattete Stellen nach nationalem Recht für Nachlasssachen zuständig sind. Wir regen daher an, Art. 3 VO-Entwurf als überflüssige und missverständliche Norm zu streichen.

Art. 4, Allgemeine Zuständigkeit

a) gewöhnlicher Aufenthalt

Art. 4 VO-Entwurf knüpft die allgemeine Zuständigkeit an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes an. Dies hat den Vorteil, dass damit in den meisten Fällen Forum und anwendbares Recht parallel laufen²².

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt hat jedoch zwei Nachteile:

Zum einen sollten Zulässigkeitsfragen möglichst einfach zu entscheiden sein. Die Beteiligten sollten rasch an ein zuständiges Gericht kommen, um effektiven Rechtsschutz zu erhalten. Nur wenn das Ausgangsgericht seine Zuständigkeit annimmt, kann es zu einer dann u.U. zweckmäßigen Verweisung nach Art. 5 des VO-Entwurfs kommen. Diesem Ziel effektiven Rechtsschutzes steht der nicht einfach zu handhabende Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ entgegen (siehe hierzu die Ausführungen zu Art. 16 des VO-Entwurfs, S. 17f.).

²² Hierzu auch *Kindler*, IPrax 2010, 44, 45.

Zum anderen wird der Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht u.U. dazu führen, dass Fragen der Verfahrenseffizienz die Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ beeinflussen und ihn damit „verwässern“. Gerade wegen der leichteren Gestaltbarkeit des gewöhnlichen Aufenthalts im Vergleich zu den Kriterien der Staatsangehörigkeit und des *domicile* ist dies nicht unproblematisch.

Zu erwägen ist daher, für die Zulässigkeitsfragen auf den letzten Wohnsitz des Erblassers anstelle seines gewöhnlichen Aufenthalts abzustellen. Dieser wäre schon aufgrund von Kriterien wie einer behördlichen Anmeldung oder sogar einer Telefonrechnung feststellbar. Bei mehreren Wohnsitzen hilft Art. 13 VO-Entwurf. Verbunden werden könnte dies mit einem Verweisungsrecht oder gar eine solche Pflicht an das Gericht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, sobald dieser ermittelt ist.

b) Entscheidungen

Art. 4 VO-Entwurf spricht überdies von erbrechtlichen „Entscheidungen“. Hier stellt sich die Frage, ob damit sämtliche Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen (vgl. etwa §§ 342 ff. FamFG) erfasst sind, oder lediglich solche, in denen eine „Entscheidung“ ergeht, was nach der Definition in Art. 2 (g) VO-Entwurf zumindest einen Beschluss voraussetzen würde. Was ist z. B. mit der Zuständigkeit für eine Erbenermittlung (§ 342 Nr. 4 FamFG) oder für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen (§ 342 Nr. 3 FamFG)? Sind diese Verfahren von der Verordnung umfasst oder nicht? Die französische Sprachfassung hat diese terminologischen Schwierigkeiten gleichfalls („*statuer*“), auch wenn diese im Wortlaut nicht auf den in Art. 2 VO-Entwurf definierten Begriff „*décision*“ Bezug nimmt.

Art. 5, Verweisung an ein zur Beurteilung des Falls geeigneteres Gericht

Art. 5 VO-Entwurf möchte im Einzelfall einen Gleichlauf von zuständigem Gericht und anwendbarem Recht ermöglichen. Dem ist zuzustimmen. Die Norm ist jedoch in der bisherigen Fassung wenig praktikabel und bedarf der Verbesserung. Dabei ist folgendes zu beachten:

Zuständigkeitsfragen sollten möglichst rasch geklärt werden. Den Beteiligten sind Unsicherheiten und Verfahrensverzögerungen bei der Klärung der internationalen Zuständigkeit (vgl. etwa die unbestimmten Rechtsbegriffe in Abs. 1 und die nicht verbindliche Verweisung nach Abs. 3, verbunden mit einer Verfahrensaussetzung nach Abs. 1) nicht zuzumuten. Gerade in Nachlasssachen kann der Zeitfaktor erhebliche Bedeutung haben, wenn etwa der Zugriff auf Vermögenswerte (z.B. der Kursschwankung unterliegende Aktiendepots) zeitnah gesichert werden soll. Schon aus diesem Grund sollte die Verweisung nicht von förmlichen "Partei"-Anträgen (noch dazu zweifach in Abs. 1 und Abs. 2) und der bis zu 8-wöchigen Prüfung des angerufenen Gerichts abhängig sein.

Art. 5 VO-Entwurf scheint das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Begriffe des kontradiktorischen Klageverfahrens zu vermischen.²³ Die Verweisung ist dabei das richtige Instrument für das typische Nachlassverfahren (im Sinne der §§ 342 ff. FamFG).

Die Norm muss dabei aber der Tatsache Rechnung tragen, dass an einem Nachlassverfahren möglicherweise eine Vielzahl von Personen beteiligt sind (Erben, Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigte, Gläubiger etc.). Anders als im kontradiktorischen Zivilprozess mit klar definierten Parteien ist es daher nicht so einfach, Fristen rechtsverbindlich in Gang zu setzen und „Parteien“ (der französische Begriff „*partie*“ ist möglicherweise weiter; im Deutschen sollte im Einklang mit dem FamFG von „Beteiligten“ gesprochen werden) ein Antragsrecht einzuräumen. Daher sollte die Verweisung von Amts wegen und unabhängig von einem Beteiligtenantrag möglich sein.

Zumindest nach deutschem Recht gibt es keine einheitliche Nachlasssache, sondern – gleichsam nach einem „Baukastenprinzip“ – viele verschiedene Nachlassverfahren (Erb-scheinsverfahren, Beantragung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, Nachlass-insolvenzverfahren, Nachlassverwaltung, Eröffnungen von Verfügungen von Todes wegen, Errichtung von Nachlassinventaren etc.). Hier sollte unbedingt eine einheitliche Zuständigkeit bestehen (vgl. auch unsere Anmerkungen zu Art. 37 VO-Entwurf, S. 30f., zu dem Risiko einer gesonderten "Nachlasszeugnis-Zuständigkeit"). Eine Verweisung nach Art. 5 VO-Entwurf sollte deshalb umfassend die gesamte Nachlasssache umfassen.

Wir schlagen daher folgende Fassung der Norm vor:

Formulierungsvorschlag:

„Artikel 5

Verweisung an ein zur Beurteilung des Falls geeigneteres Gericht

- 1. Hat der Erblasser als Erbstatut das Recht eines Mitgliedstaats gemäß Artikel 17 gewählt, kann das nach Artikel 4 befasste Gericht die Erbsache an das Gericht des Mitgliedstaates, dessen Recht der Erblasser gewählt hat, verweisen, wenn nach seinem Dafürhalten dieses Gericht die Erbsache besser beurteilen kann.*
- 2. Beantragt ein Beteiligter die Verweisung, muss das befasste Gericht die Verweisung spätestens zwei Wochen nach Zugang des Antrags und Kenntniserlangung von der Rechtswahl des Erblassers beschließen. Anderenfalls bleibt es zuständig.*
- 3. Der Verweisungsbeschluss ist für das Gericht, an das verwiesen wurde, bindend.*

²³

Diese Unterscheidung zwischen streitigen und nicht-streitigen Verfahren kennen sicherlich die meisten europäischen Länder. Selbst England, das die "freiwillige Gerichtsbarkeit" als solches nicht kennt, unterscheidet im Nachlassverfahren zwischen den *non-contentious* und den *contentious probate rules*.

4. Eine Verweisung begründet die Zuständigkeit des Gerichts, an das verwiesen wurde, auch für alle weiteren Entscheidungen in der gleichen Nachlasssache.“

Für echte Klageverfahren, die Rechtskraft nur zwischen den Beteiligten entfalten, ist dagegen Art. 5 VO-Entwurf nicht geeignet. Warum sollen diese Verfahren zwingend von der Verweisung der ganzen Nachlasssache abhängen bzw. warum soll einer einzelnen Partei in Art. 5 Abs. 2 VO-Entwurf das Recht eingeräumt werden, mit ihrem Antrag eine Verweisung an ein anderes Gericht zu bewirken? Wie auch in den folgenden Artikeln muss die Verordnung deutlicher zwischen den verschiedenen Verfahrensarten unterscheiden.

Für Klageverfahren empfiehlt es sich daher, eine Gerichtsstandswahlmöglichkeit zu eröffnen. Auch wenn das Nachlassverfahren in einem Land geführt wird, ist kein Grund ersichtlich, zwei streitenden Parteien, deren Klage keine Auswirkungen auf dritte Personen hat, den Weg zu einem von ihnen einverständlich gewählten Gericht eines anderen Landes zu verwehren.

Beispiel 2:

Ein deutscher Erblasser stirbt mit letztem Wohnsitz in Spanien, hat aber in seinem Testament deutsches Erbrecht gewählt. Da er umfangreiches Vermögen in Spanien besitzt, verweist das spanische Gericht nicht gemäß Art. 5 VO-Entwurf an ein deutsches Gericht. Bei der Erbauseinandersetzung kommt es zwischen den beiden in Deutschland lebenden Kindern zum Streit über die Höhe einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung. Beide möchten den Streit vor einem deutschen Prozessgericht austragen.

Wir schlagen daher folgenden weiteren Artikel vor:

Formulierungsvorschlag:

*„Artikel x
Vereinbarung über die Zuständigkeit*

Haben die Parteien in einem streitigen Verfahren, das einen Nachlass betrifft und dessen Entscheidung nur diese Parteien bindet, vereinbart, dass ein Gericht oder die Gerichte eines Mitgliedstaates über diese Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind dieses Gericht oder die Gerichte dieses Mitgliedstaates zuständig. Im übrigen gelten Art. 23 Abs. 1 Sätze 2-3 sowie Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 44/2001 vom 22.12.2000, ABl. L 012 vom 16.01.2001, S. 1 (Dokument 32001 R 0044).“

Beim Aufbau der Verordnung könnte es sich schließlich empfehlen, diesen neuen Artikel zusammen mit den weiteren Artikeln, die nur bei Klageverfahren Bedeutung erlangen können (vgl. z.B. Artt. 7, 10 (b), 12-15 VO-Entwurf) in einem eigenen Abschnitt zusammen zu fassen und damit auch im Aufbau deutlicher die Verfahrensarten zu unterscheiden.

Art. 6, Restzuständigkeit

Art. 6 VO-Entwurf stellt eine Rangfolge für die Internationale Zuständigkeit auf, so dass diese nach unserem Verständnis dann auch jeweils ausschließlich wäre. Dies ist sachgerecht, allerdings sind im Einzelnen noch Ergänzungen bzw. redaktionelle Verbesserungen notwendig:

Der Anwendungsbereich des Art. 6 VO-Entwurf sollte auch eröffnet werden, wenn der Erblasser gar keinen gewöhnlichen Aufenthalt besitzt, da in solchen Fällen sonst kein Gericht zuständig wäre.

Unklar bleibt in Art. 6 VO-Entwurf, an welchen Zeitpunkt die Regelung anknüpft. Kommt es auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers oder auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung („Anrufung des Gerichts“) an?

Ergänzt werden sollte ferner, dass das nach Art. 6 VO-Entwurf zuständige Gericht das Verfahren ebenfalls nach Art. 5 VO-Entwurf verweisen darf.

Beispiel 3:

Ein deutscher Staatsangehöriger, der lange in Paris lebte, wählt in seinem Testament ausdrücklich das deutsche Erbrecht. Einige Jahre nachdem er von Paris nach New York gezogen ist, verstirbt er. Er hinterlässt ein Grundstück und Verwandte in Deutschland, ein kleines Bankkonto in Paris sowie weiteren Nachlass in den USA.

Ohne entsprechende Verweisungsmöglichkeit wären französische Gerichte/Notare zwingend nach Art. 6 (a) VO-Entwurf zuständig, obwohl das Nachlassverfahren in dem Beispielfall sinnvoller in Deutschland geführt würde.

Sofern man, wie von uns vorgeschlagen, eine Rückverweisung aus Nicht-Mitgliedstaaten zulassen will (vgl. Anmerkung zu Art. 26 VO-Entwurf, S. 25f.), sollte dies auch bei der Regelung zur Zuständigkeit berücksichtigt werden. In Betracht kommt dafür eine an Art. 5 VO-Entwurf angelehnte Verweisung, um im Einzelfall den Gleichlauf von Forum und anwendbarem Recht zu ermöglichen.

Art 6. des VO-Entwurfs könnte damit wie folgt gefasst werden:

Formulierungsvorschlag:

„Art. 6
Restzuständigkeit

1. *Hatte der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes keinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Mitgliedstaat, sind die Gerichte eines*

Mitgliedstaats dennoch zuständig, wenn sich bei Anrufung des Gerichts in diesem Mitgliedstaat Nachlassgegenstände befinden und wenn [... (a) bis (d) unverändert ...]

2. *Das nach Absatz 1. zuständige Gericht kann das Verfahren entsprechend Art. 5 an die Gerichte des Mitgliedstaats, dessen Recht der Erblasser gewählt hat, verweisen. Ist das Recht eines Mitgliedstaats aufgrund Rückverweisung eines Nicht-Mitgliedstaats nach Art. 26 anwendbar, kann das Gericht das Verfahren auch entsprechend der Regelung des Art. 5 an die Gerichte dieses Mitgliedstaates verweisen.“*

Art. 7, Widerklage

Der Anwendungsbereich des Art. 7 VO-Entwurf kann zumindest aus deutscher Sicht nur bei kontradiktorischen Klageverfahren eröffnet sein. Die Regelung sollte daher in deutlicherem Zusammenhang mit den sonstigen Artikeln, die sich auf diese Verfahrensart beziehen, gestellt werden, da sie zwischen den Artt. 4-6 und 8, 9 VO-Entwurf einen Fremdkörper darstellt (siehe hierzu auch die Anmerkungen zu Artt. 12 ff. VO-Entwurf, S. 17).

Art. 8, Zuständigkeit für die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächnisses

Die Schaffung einer besonderen internationalen Zuständigkeit für die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächnisses ist zum Schutz der Betroffenen sinnvoll. Eventuell sollte jedoch klargestellt werden, dass dieser Artikel keine ausschließliche Zuständigkeit wie die Artt. 4 bis 6 VO-Entwurf, sondern nur eine ergänzende Zuständigkeit begründet.

Zu überlegen wäre ferner, ob eine Pflicht des nach Art. 8 VO-Entwurf zuständigen Gerichts zur Mitteilung an das nach Artt. 4-6 VO-Entwurf zuständige "Hauptgericht" begründet werden sollte, denn ohne baldige Information drohen dort inhaltlich falsche Entscheidungen zu ergehen.

Schließlich erscheint die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Erben bzw. Vermächtnisnehmer als nicht überzeugend, da dieser im Einzelfall nur unsicher und mit umfangreicher Sachverhaltsaufklärung ermittelt werden kann. Dem Schutzzweck des Art. 8 VO-Entwurf würde es vielmehr entsprechen, wenn man auf den Wohnsitz der Betroffenen zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung abstellt.

Art. 9, Zuständigkeit der Gerichte am Belegenheitsort

Art. 9 VO-Entwurf dient dazu, die erbrechtlich vermittelte Zuständigkeit nach Artt. 4 ff. VO-Entwurf um sachenrechtlich erforderliche Zuständigkeiten am Belegenheitsort zu ergänzen. Davon wären insbesondere die im deutschen Immobilienrecht bestehenden Zuständigkeiten der Gerichte (Grundbuchamt) und Notare (vgl. die Begriffsbestimmung in Art. 2 b) VO-Entwurf) umfasst. Der Wortlaut der Norm beschränkt die Zuständigkeit auf das Sachenrecht (franz. „*droit réel*“) und die „Übertragung von Gegenständen“.

Hier ist – ausnahmsweise – die deutsche Sprachfassung besser als das französische Original, das von „*transmission*“ anstatt von „*transfert*“ spricht und damit eher die *iusta causa traditionis* (den „*titulus*“) meint als die *traditio* (den „*modus*“) selbst (hierzu siehe oben S. 5f.). Denn selbst wenn die Begriffe im Französischen synonym sein sollten (was vermutlich so ist), im Englischen sind sie es nicht. Dort werden alle Fälle der Einzelrechtsnachfolge als „*transfer*“ bezeichnet. „*Transmission*“ meint hingegen nur den Übergang der *estate* des Erblassers auf den *personal representative* (Testamentsvollstrecker) bzw. den Übergang der Insolvenzmasse auf den *receiver* (Insolvenzverwalter). Der Erwerb des Begünstigten vom *personal representative* vollzieht sich als Geschäft unter Lebenden durch *transfer*. Eine entsprechende Problematik stellt sich bei Art. 19 Abs. 2 lit f) (unten S. 22).

Art. 9 VO-Entwurf ist im Zusammenhang mit Art. 19 VO-Entwurf zu betrachten, der die Reichweite des Erbstatuts näher bestimmt. Um möglichst einen Gleichlauf zwischen der Sonderzuständigkeit am Belegenheitsort nach Art. 9 VO-Entwurf und dem anwendbaren Recht zu gewährleisten, sollten vom Erbstatut nach Art. 19 Abs. 2 VO-Entwurf die in Art. 9 VO-Entwurf umschriebenen sachenrechtlichen Vorgänge gerade nicht erfasst sein.

Klarstellend sollte in Art. 9 VO-Entwurf wie folgt ergänzt werden:

Formulierungsvorschlag:

„(...) die Gerichte dieses Mitgliedstaates für solche Maßnahmen **ausschließlich** [franz.: *exclusivement*] zuständig sind.“

Artt. 10, 11, Anrufung eines Gerichts, Prüfung der Zuständigkeit

Die Vorschriften der Artt. 10, 11 VO-Entwurf sollten noch einmal grundsätzlich überdacht bzw. ergänzt werden. Der Wortlaut des Art. 10 VO-Entwurf bezieht sich eigentlich nur auf streitige Verfahren und übersieht, dass es im Nachlassverfahren nicht nur Kläger, sondern Beteiligte gibt, dass die Anträge in der Regel nicht zugestellt werden müssen bzw. dass es Verfahren gibt, die von Amts wegen eröffnet werden. Es sollte daher deutlicher zwischen den verschiedenen Verfahrensarten unterschieden werden (siehe auch Anmerkung zu Art. 5 VO-Entwurf, S. 11ff.).

Artt. 12-14, Prüfung der Zulässigkeit, Rechtshängigkeit, Aussetzung wegen Sachzusammenhang,

Auch die Artt. 12 ff. VO-Entwurf gehen von einem kontradiktorischen Verfahren aus und sind nur für solche Verfahren sinnvoll. Dies sollte auch im Aufbau der Verordnung und ggf. einer "Einleitung" vor den Bestimmungen, auf welche Verfahren sich diese beziehen, klargestellt werden (vgl. auch Anmerkung zu Art. 5 VO-Entwurf, S. 11ff.).

Art. 15 Einstweilige Maßnahmen einschließlich Sicherungsmaßnahmen

Art. 15 VO-Entwurf bezieht sich nach dem Wortlaut, der der Brüssel-I-Verordnung (VO 44/2001/EG vom 22.12.2000, ABl. L 012 vom 16.01.2001, S. 1 Dokument 32001 R 0044) entspricht, auf einstweilige Rechtschutzmaßnahmen. Unklar bleibt damit jedoch, ob sich diese Zuständigkeit auch auf typische Sicherungsmaßnahmen, die von Gerichten im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amts wegen zu ergreifen sind (wie z.B. in Deutschland die Bestellung eines Nachlasspflegers), bezieht. Dies wäre aus unserer Sicht notwendig und sollte klargestellt werden.

Art. 16, Allgemeine Kollisionsnorm

Die Entscheidung für die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wird für richtig gehalten und begrüßt, auch wenn derzeit noch die Mehrheit der Mitgliedstaaten der EU im nationalen IPR an die Staatsangehörigkeit anknüpfen. Dieses Merkmal wird jedoch im Hinblick darauf, dass die Mobilität der EU-Bürger wächst, gleichzeitig aber immer weniger Gründe bestehen, die Staatsangehörigkeit zu ändern, in Zukunft zunehmend an Bedeutung verlieren.

Da der VO-Entwurf den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nicht näher definiert und im Zusammenhang mit der Bestimmung der Internationalen Zuständigkeit die Gefahr besteht, dass am Wohnsitz-Gericht auch ohne tiefgehende Prüfung des Sachverhalts der gewöhnliche Aufenthalt unterstellt wird (vgl. die Anmerkungen zu Art. 4 VO-Entwurf, S. 10f.), hat die Arbeitsgruppe des Deutsche Notarvereins ausführlich diskutiert, ob mit diesem Anknüpfungsmerkmal womöglich ein zu häufiger und schneller Wechsel des anwendbaren Erbrechts verbunden ist.

Schwierigkeiten könnten etwa folgende Fallgestaltungen bereiten:

- Wo haben Studenten ihren gewöhnlichen Aufenthalt, die etwa für ein Jahr im Ausland studieren?
- Wo hat der Ingenieur seinen gewöhnlichen Aufenthalt, der beruflich für mehrere Jahre im Ausland tätig ist?
- Wo haben Mitarbeiter des Europäischen Parlament ihren gewöhnlichen Aufenthalt, die für eine oder mehrere Legislaturperiode(n) in Brüssel und Straßburg arbeiten?

Die Arbeitsgruppe des Deutsche Notarvereins hat mit Blick auf solche Zweifelsfälle, bei denen die Verbundenheit zur "Heimat" noch länger erhalten bleibt, erörtert, ob der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in Art. 16 VO-Entwurf um weitere objektive Mindestkriterien zu verstärken ist. Ein Beispiel dafür könnte das Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht vom 1. August 1989 (Haager Erbrechtskonvention) sein. Gegen diese Konvention wird immer wieder eingewendet, dass sie völkerrechtlich nicht in Kraft gesetzt wurde und damit wohl den Mitgliedstaaten zu komplex erscheine. Nachdem durch Gesetz vom 1. Oktober 1996 die Niederlande allerdings die Konvention in ihr nationales Recht übernommen haben und dieser Bestimmungen seitdem ohne große Probleme im Einzelfall anwenden, kann man dieses Vorbild nicht pauschal ablehnen.

Vorteil eines solchen "verstärkten gewöhnlichen Aufenthalts" wäre zunächst, dass viele zweifelhafte Fälle, wie z.B. unsere oben aufgeführten Beispiele, nicht dem schnellen Statutenwechsel unterlägen. Andererseits könnten aber andere Bürger, die ihrem Land eindeutiger "den Rücken zukehren wollen", reklamieren, dass nicht einzusehen sei, warum sie erst nach einer gewissen Wartezeit ihre Erbfolge nach dem Recht ihres neuen gewöhnlichen Aufenthalts gestalten dürfen. Man könnte dem zwar mit einer Rechtswahlmöglichkeit zum Recht des gewöhnlichen Aufenthalts zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung begegnen. Doch ist genau diese erweiterte Wahlmöglichkeit zum Schutz der Pflichtteilsrechte vom Verordnungsgeber nicht gewollt (vgl. die Anmerkungen zu Art. 17 VO-Entwurf, S. 18ff.)

Schließlich müsste natürlich bei einem „verstärkten gewöhnlichen Aufenthalt“ bestimmt werden, welches Recht anwendbar ist, wenn der Verstorbene die Mindestanforderungen nicht erfüllt. Artt. 6, 16 VO-Entwurf wären für diese Fälle nicht ausreichend. Aus deutscher Sicht läge dann die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit wie in der vorerwähnten Haager Erbrechtskonvention nahe. Jedoch kann dies wiederum bei Ländern, die schon derzeit eine andere Anknüpfung vorsehen, zur Ablehnung führen.

Insbesondere um die politischen Schwierigkeiten durch erweiterte Rechtswahlmöglichkeiten und die Notwendigkeit einer Ersatz-Anknüpfung zu vermeiden, sind wir daher zu der Überzeugung gelangt, dass es bei der derzeit vorgesehenen Anknüpfung an den „normalen“ gewöhnlichen Aufenthalt verbleiben soll. Ohne den Begriff exakt zu definieren, wird allerdings angeregt, zumindest in den Erwägungsgründen eine grobe Beschreibung zu geben, dass der „gewöhnliche Aufenthalt“ im Erbrecht tatsächlich als Lebensmittelpunkt zu verstehen ist, der ggf. lösgelöst von parallelen Fragestellungen in anderen Rechtsgebieten auf Grundlage aller objektiven und subjektiven Merkmale bestimmt werden muss.

Art. 17, „Freie“ Rechtswahl

Art. 17 VO-Entwurf ergänzt die objektive Anknüpfung in Art. 16 VO-Entwurf um eine grundsätzlich beschränkte (die mit überschießender Tendenz falsch übersetzte Überschrift „Freie Rechtswahl“ sollte in „Rechtswahl“ geändert werden) Rechtswahlmöglichkeit zu Gunsten des Heimatrechts des Erblassers. Diese Rechtswahlmöglichkeit stellt einen Kompromiss zwischen eher aufenthaltsorientierten und eher staatsangehörigkeitsorientierten Traditionen dar

und erweitert teils die Gestaltungsmöglichkeiten der vertragsgestaltenden Praxis, teils geht sie hinter den bestehenden Zustand zurück (vgl. Art. 25 Abs. 2 EGBGB).

Wir könnten uns hier aus kautelarjuristischer Sicht auch noch weitergehende – wirklich „freie“ – Rechtswahlmöglichkeiten vorstellen. Insbesondere dann, wenn eine Nachlassplanung zukünftig auf der Grundlage des Aufenthaltsrechts (Art. 16 VO-Entwurf) erfolgt, besteht die Gefahr, dass die postmortale Umsetzung seiner Verfügung von Todes wegen gefährdet ist, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt, ohne seine Erbregelung anzupassen bzw. zu überprüfen. Wünschenswert wäre daher, in Art. 17 VO-Entwurf zusätzlich eine Rechtswahl zu Gunsten des Aufenthaltsrechts zum Zeitpunkt der Rechtswahl zuzulassen. Dies würde zusätzlich für Rechtssicherheit und Stabilität bei der Nachlassplanung sorgen.

Beispiel 4:

Testator T ist nach einem Schlaganfall pflegebedürftig und testierunfähig. Seine im Ausland wohnhaften Kinder nehmen ihn zu sich und pflegen ihn dort noch einige Jahre, bis er verstirbt. In diesem Fall unterliegt die Erbfolge nach T ausländischem Recht, ohne dass T je die Chance gehabt hätte, seinen Willen nach der neuen Aufenthaltsrechtsordnung zu artikulieren.

Hier haben im Ergebnis die Abkömmlinge des Erblassers und nicht dieser selbst das Erbstatut bestimmt, was erst recht Manipulationsmöglichkeiten eröffnet, wenn die Kinder des T in verschiedenen Staaten leben. Der Kampf um die Betreuung wird so zum Vorhutgefecht des Kampfes über das Erbstatut.

Uns ist bewusst, dass gegen eine erweiterte Rechtswahlmöglichkeit zugunsten des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt der Wahl vermutlich erhebliche politische Bedenken von den Länder mit stark ausgeprägten Noterbrechten geltend gemacht würden, da weitere Rechtswahlmöglichkeiten auch eine zunehmende Zahl von Umgehungsgestaltungen zur Folge hätten. Bevor jedoch die Vorschrift des Art. 27 Abs. 2 VO-Entwurf (Klarstellung, dass die Noterbrechte bzw. Pflichtteilsansprüche nicht zum Ordre Public gehören) in die politische Diskussion gerät, wird im Interesse des politischen Kompromisses auf die eigentlich wünschenswerte Erweiterung des Rechtswahlkatalogs in Art. 17 VO-Entwurf verzichtet werden müssen.

Art. 17 VO-Entwurf enthält keine Regelung zu **Staatenlosen** und zu **Mehrstaatern**²⁴. Dies würde bedeuten, dass Staatenlose keine Rechtswahl treffen können und Mehrstaatern (mangels Regelung über eine vorrangige effektive Staatsangehörigkeit) mehrere Rechtswahloptionen zur Verfügung stehen. Nur letzteres dürfte sachgerecht sein, wenngleich auch viel für das Abstellen auf die effektive Staatsangehörigkeit (entgegen der umstrittenen Rege-

²⁴ Hierzu auch *Kindler*, IPrax 2010, 44, 49.

lung in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB) spricht. Es müsste noch entschieden werden, ob auch Staatenlosen eine Rechtswahlmöglichkeit (und bejahendenfalls welche) eröffnet werden soll.

Art. 17 Abs. 2 VO-Entwurf verlangt im Gegensatz zum Art. 25 EGBGB eine „**ausdrückliche**“ Rechtswahl. Angesichts der mit einer Rechtswahl verbundenen erheblichen Rechtsfolgen und im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist dies zwar wünschenswert, würde faktisch aber dazu führen, dass Laien die ihnen regelmäßig unbekannte Rechtswahlmöglichkeit versperrt bliebe, es sei denn, man stellt nur sehr niedrige Anforderungen an das Erfordernis der Ausdrücklichkeit einer solchen Rechtswahl.

Unklar bleibt in Art. 17 VO-Entwurf, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn sich das **Heimatrecht** des Erblassers zwischen dem Zeitpunkt der Vornahme der Rechtswahl und dem Tod des Erblassers **ändert**. Diese Frage kann nach unserer Auffassung nicht offen bleiben. Zur Lösung dieses – in der erbrechtlichen Praxis nicht zu unterschätzenden - Problems bietet es sich an, ähnlich der Regelung in Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Haager Erbrechtskonvention in Art. 17 VO-Entwurf zur Beurteilung der Wirksamkeit der Rechtswahl auf den Zeitpunkt der Wahl oder auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers abzustellen, um die Wirksamkeit der Rechtswahl auf Dauer sicherzustellen.

Weiter stellt sich die Frage, welches Recht über etwaige **Formerfordernisse** im Hinblick auf die Rechtswahl entscheidet. Hier sollte es beim Formstatut für die betreffende Verfügung von Todes wegen verbleiben

Art. 18, Erbverträge

a) Umfang der Rechtswahl

Die Regelung des Art. 18 VO-Entwurf ist nach unserer Auffassung insofern (noch) nicht vollumfänglich gelungen, als dort nicht mit der erforderlichen Sorgfalt zwischen der Wirksamkeit eines Erbvertrages (im Sinne der Gültigkeit der Verfügungen von Todes wegen und die Bindung an sie) einerseits und seinen materiellen Wirkungen nach dem maßgeblichen Erbstatut andererseits differenziert wird. Enthält die Vorschrift eine Sonderanknüpfung nur für die Wirksamkeit und die Bindung des Erbvertrages oder enthält sie eine umfassende Anknüpfung des gesamten Erbstatuts? Beide Auslegungen sind möglich.

Sinnvoll wäre es, die Wirksamkeit des Erbvertrages, auch wenn er den Nachlass mehrerer Erblasser betrifft, bereits dann zu bejahen, wenn er den Anforderungen des gemäß Art. 16 VO-Entwurf oder des gemäß Art. 17 VO-Entwurf nach *einem* Erblasser anzuwendenden Erbstatuts im Zeitpunkt der Errichtung genügt (**hypothetisches Erbstatut**)²⁵. Demgegenüber sollten sich aber die Wirkungen des Erbvertrages nach dem für jeden Erblasser maßgeblichen effektiven Erbstatut richten. Art. 18 Abs. 3 und 4 VO-Entwurf wären dann überflüssig.

Erachtet man gleichwohl die jetzt vorgeschlagene Regelung als grundsätzlich sachgerecht, bedarf u.a. Art. 18 Abs. 3 VO-Entwurf der Ergänzung: Unklar ist derzeit, worauf sich die in

²⁵ So auch *Dutta*, *RabelsZ* 2009, 547, 587 ff.

Art. 18 Abs. 3 VO-Entwurf vorgesehene Rechtswahl beziehen soll. Soll der Erbvertrag (nur) hinsichtlich seiner materiellen Gültigkeit und Bindung und/ oder (auch) hinsichtlich seiner Wirkungen dem Heimatrecht eines beteiligten Erblassers unterstellt werden? Kann die Rechtswahl mit Bindungswirkung getroffen werden, so dass im Falle des Todes eines beteiligten Erblassers der oder die übrigen Vertragsbeteiligte/n daran gebunden ist bzw. sind? Welche Umstände führen zum Wegfall der Wirkungen des Erbvertrages?

Beispiel 5:

Ein Italiener und eine Spanierin haben in Deutschland, wo beide seit Jahrzehnten leben, geheiratet. Der Ehemann betreibt in Köln einen Friseursalon. Die Ehegatten leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts. Die Ehefrau ist Eigentümerin des Geschäftslokals, in dem der Ehemann seinen Friseursalon betreibt. Die Eheleute wollen einen Erbvertrag vereinbaren, in dem sie sich gegenseitig zu Erben berufen und die gemeinsamen Kinder zu Schlusserben. Keiner der beteiligten Ehegatten hat Vermögen in Italien bzw. Spanien.

Nach Art. 16 VO-Entwurf ist Erbstatut nach jedem der beteiligten Eheleute das deutsche Recht als das Recht des beiderseitigen gewöhnlichen Aufenthalts. Nach Art. 18 Abs. 3 VO-Entwurf könnten die Beteiligten „ihren Erbvertrag“ dem italienischen oder dem spanischen Recht unterwerfen. Unterstellt, es würde eine Rechtswahl zugunsten des spanischen Rechts getroffen und die Ehefrau verstirbt, ist dann der Ehemann an diese Rechtswahl zugunsten des spanischen Rechts weiterhin gebunden oder kann er diese Rechtswahl widerrufen? Welche Rechtsfolge tritt ein, wenn die Ehe nicht durch Tod sondern durch Scheidung beendet wird?

b) Geltung auch für gemeinschaftliche Testamente

Außerdem ist die Regelung des Art. 18 VO-Entwurf unvollständig, weil sie – wohl ein redaktionelles Versehen – das in Art. 2 (d) VO-Entwurf definierte gemeinschaftliche Testament nicht mitumfasst. Es wird daher vorgeschlagen, die Überschrift zu ändern in „Erbverträge, gemeinschaftliche Testamente“ und durch einen gesonderten Absatz klarzustellen, dass die Regelungen für den Erbvertrag entsprechend für gemeinschaftliche Testamente gelten.

c) Regelung zum Statutenwechsel nach Errichtung der Verfügung von Todes wegen

Überlegenswert erscheint uns auch die Einfügung einer allgemeinen, sowohl für Einzeltestamente als auch für gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge geltenden Regelung in den VO-Entwurf (z.B. als Art. 18 a VO-Entwurf), die zur Vermeidung der mit einem nach Errichtung der Verfügungen von Todes wegen eintretenden Statutenwechsel verbundenen Probleme eine dem Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB vergleichbare Regelung enthält, also sicherstellt, dass eine einmal nach dem Errichtungsstatut wirksam errichtete Verfügung wirksam bleibt. Denkbar ist natürlich auch eine Regelung, wie sie derzeit in Art. 18 Abs. 1 S. 2 VO-Entwurf vorgesehen ist, wonach eine nach dem hypothetischen Erbstatut nicht wirksam er-

richtete Verfügung von Todes wegen nach dem effektiven Erbstatut Wirksamkeit erlangen kann.

Art. 19, Regelungsbereich des anzuwendenden Rechts

Art. 19 VO-Entwurf ist eine der wichtigsten Bestimmungen des VO-Entwurfs, legt er doch fest, welche Fragen vom Erbstatut umfasst sein sollen. Im Rahmen dieser Vorschrift stellen sich insbesondere die bereits in den Vorbemerkungen erwähnten Abgrenzungsprobleme zwischen Erb- und Sachenrecht (vgl. die Erwägungen zu A. 7. b), S. 5f.).

a) Art. 19 Abs. 2 (f) VO-Entwurf

Der französische Text unterscheidet hier wieder zwischen „*transmission*“ und „*transfert*“. Im Deutschen könnte man zwischen „Übergang“ und „Übertragung“ differenzieren, wobei der erste weitere Begriff den erbrechtlichen Vorgang, der zweite engere Begriff einen etwaigen sachenrechtlichen Vermögensübergang bezeichnen würde. Gemeinrechtlich gesprochen würde sich der „*titulus*“ nach dem Erbstatut, der „*modus*“ dagegen nach dem Sachenrechtsstatut richten.

In Art. 19 Abs. 2 (f) VO-Entwurf sollte daher von dem „Übergang“ der Nachlassgüter gesprochen werden (franz. richtig „*transmission*“). Eine eventuell erforderliche „Übertragung“ einzelner oder aller Nachlassgüter würde dagegen dem Sachenrechtsstatut unterliegen.

b) Art. 19 Abs. 2 (j) VO-Entwurf

Art. 19 Abs. 2 (j) VO-Entwurf möchte die Ausgleichung und Anrechnung unentgeltlicher Zuwendungen ebenfalls dem Erbstatut unterstellen. Dies ist sinnvoll, um eine sichere Nachlassplanung zu ermöglichen. Regelungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und die eigentliche Nachlassregelung erfolgen häufig aus Sicht des Kautelarjuristen als „Paket“ und sollten einheitlich dem gleichen Recht unterfallen. In der französischen Sprachfassung sollte es am Ende daher statt „*des parts héréditaires*“ „*des parts ou des réserves héréditaires*“ heißen.

Allerdings ist fraglich, ob sich die Behandlung von Ausgleichung und Anrechnung mit einem späteren Wechsel des Erbstatuts ebenfalls ändern soll oder ob es ausschließlich auf den Zeitpunkt der ausgleichs- bzw. anrechnungspflichtigen Zuwendung ankommen soll. Der Verordnungstext scheint für ersteres zu sprechen, was zu überraschenden Ergebnissen führen kann.

Beispiel 6:

Erblasser T, ein französischer Staatsangehöriger, überträgt nach Scheidung drei wertvolle Grundstücke in Frankreich auf seine drei dort lebenden Töchter. Da diese Schenkung nach französischem Recht automatisch auf die *réserve légale* der Töchter angerechnet wird (altes Recht: Art. 922 Code Civil; ab 2006: Artt. 919 ff. Code Civil) – im konkreten Fall ist damit die *réserve* bereits geleistet – enthalten die französischen Schenkungsurkunden keine ausdrück-

liche Anrechnungsbestimmung. T heiratet erneut und zieht nach Deutschland. Durch Testament setzt er seine zweite Ehefrau zur Alleinerbin ein. *De lege lata* ist damit seine Ehefrau u. U. Pflichtteilsansprüchen der Töchter aus erster Ehe ausgesetzt, da die Voraussetzungen des § 2315 BGB nicht vorliegen (es fehlt an der „Bestimmung“ im Sinne des § 2315 Abs. 1 BGB). Auf der Basis des geltenden Rechts kann man T in seinem Fall nur zum Umzug zurück nach Frankreich raten (sofern die dort „drohende“ *réserve* geringer ist als der deutsche Pflichtteil). Unter Geltung der Erbrechts-VO hat er immerhin die Möglichkeit einer Rechtswahl nach Art. 17 VO-Entwurf. Hier wird man wie bisher vor einer Entscheidung über die Rechtswahl erst eine Vergleichsrechnung durchführen müssen.

c) Art. 19 Abs. 2 (k) VO-Entwurf

Auch bei der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen stellt sich die Frage eines späteren Wechsels des Erbstatuts, z.B. wenn der Erblasser bei Errichtung einer Verfügung von Todes wegen davon ausging, dass Abkömmlinge des eingesetzten Erben automatisch zu Ersatzerben berufen sind (bzw. umgekehrt Abkömmlinge eines Vermächtnisnehmers automatisch nicht zu Ersatzvermächtnisnehmern berufen sind), und sich dieses gesetzliche Umfeld durch einen späteren Wechsel des Erbstatuts nachträglich ändert.

Zu überlegen wäre, ob lit. k) auch um die Bindungswirkung einer letztwilligen Verfügung ergänzt werden müsste. Auch hier stellt sich zudem die Frage nach den Auswirkungen eines späteren Statutenwechsels.

d) Art. 19 Abs. 2 (l) VO-Entwurf

Art. 19 Abs. 2 (l) VO-Entwurf unterstellt die „Verteilung des Nachlasses“ (franz. „*le partage successoral*“) dem Erbstatut. Dies ist missverständlich, soweit darunter wieder sachenrechtliche Vorgänge gefasst werden könnten.

Wir schlagen daher vor, wie folgt zu formulieren:

Formulierungsvorschlag:

„(l) die letztwillige Anordnung oder die Vereinbarung über die Verteilung des Nachlasses [franz.: *la disposition ou l'accord sur le partage successoral*]“

Das Erbstatut wäre damit zuständig für die Grundentscheidung, ob es eine Nachlassauseinandersetzung gibt. Die Art und Weise der Nachlassverteilung (etwa bei dinglich wirkenden Teilungsanordnungen) und deren Umsetzung in das nationale Sachenrecht würden dagegen dem Sachenrechtsstatut bzw. dem konkret anwendbaren Verfahrensrecht unterliegen.

Beispiel 7:

In einer ausländischen Urkunde (Testament mit dinglicher Teilungsanordnung sowie dinglich wirkender Erbauseinandersetzung in einer Rechtsordnung mit Antrittsprinzip) ist ein Kommanditanteil an einem deutschen geschlossenen Schiffsfonds einem bestimmten Empfänger

zugeordnet worden. (Übliche) Ausschüttungen an den Erblasser haben zum Wiederaufleben von dessen Kommanditistenhaftung nach § 172 HGB geführt.

Wer haftet in diesem Fall den Gläubigern der KG? Nur der Empfänger oder alle seine Erben? Wie ist es, wenn die ausländische Rechtsordnung keine Erben im Sinne unserer Gesamtrechtsnachfolge kennt, sondern nur (wie in England) *beneficiaries* oder wie in Frankreich *légataires*? Aus Gründen des Verkehrsschutzes wird man hier wohl Durchgangs- und nicht Direkterwerb annehmen müssen.

Art. 20, Formgültigkeit der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses

Die alternative Geltung des Erbstatuts oder des Domizilrechts des Erben für Erbschaftsannahme oder Ausschlagung ist nicht unproblematisch, wie folgendes Beispiel zeigt:

Beispiel 8:

Erblasser E ist französischer Staatsangehöriger und verstirbt mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich. Gesetzlicher Alleinerbe ist sein minderjähriger Sohn S mit Wohnsitz bei der in Deutschland lebenden Mutter M, beide ebenfalls französische Staatsangehörige. S soll, um eine erleichterte Abwicklung der zum Nachlass des E gehörenden Anteile an Arztpraxen in Paris zu ermöglichen, die Erbschaft vorbehaltlos (d.h. ohne das *beneficium inventarii*) annehmen. Hierzu bedarf es in Frankreich der (vorgängigen, Art. 1304 Code Civil) vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (Artt. 768, 389-5, 389-7, 461 Code Civil). In Deutschland besteht insoweit überhaupt kein vergleichbares Rechtsinstitut, allenfalls könnte man an eine umgekehrte Analogie zur genehmigungspflichtigen Erbausschlagung denken (§§ 1643 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 BGB).

Nach geltendem Recht wäre hier ein deutsches Familiengericht nach Art. 1 MSA international zuständig, würde aber materielles französisches Vormundschaftsrecht anwenden. Die Praxis zeigt, dass das machbar ist. Nach Art. 20 VO-Entwurf stellt sich nun die Frage, ob die bloße Wohnsitzwahl in Deutschland dazu führt, dass das Genehmigungserfordernis des französischen Zivilrechts entfällt. Das scheint mit Blick auf den Minderjährigenschutz zu weitgehend. Wann und wie ein minderjähriger Erbe zu schützen ist, hat das Erbstatut zu bestimmen.

Zu denken wäre daran, Art. 20 VO-Entwurf auf die bloße Formfrage zu beschränken und die Ortsform für Erbschaftsannahme und Ausschlagung ausreichen zu lassen. Allerdings ist auch das problematisch, da je nach Grundentscheidung einer Rechtsordnung für das Anfalls- oder Antrittsprinzip entweder bei Erbschaftsannahme oder bei –ausschlagung in einer anderen Rechtsordnung Formenleere auftreten kann. Die deutsche Rechtsordnung kann z.B. Art. 768 Code Civil nicht adäquat abbilden, umgekehrt fehlt der französischen Rechtsordnung das Verständnis für die §§ 1942 ff. BGB.

Art. 21, Anwendung des Belegenheitsrechts

Der genaue Regelungsgehalt von Art. 21 Abs. 1 VO-Entwurf erschließt sich jedoch nicht und bedarf weiterer Erläuterungen. Art. 21 Abs. 2 VO-Entwurf stellt wohl eine Kompromissnorm im Hinblick auf das *common law* und dessen Besonderheiten bei der Nachlassabwicklung dar.

Art. 22, 23, Besondere Regelungen über die Rechtsnachfolge von Todes wegen, Kommorienten

Die Vorschrift ordnet eine subsidiäre Geltung der Kommorientenvermutung an (siehe § 11 VerschG). Eine solche Regelung ist mit Blick auf die anders lautende Vermutungsregel des *common law* erforderlich²⁶.

Art. 24 Erbenloser Nachlass

Hierzu haben wir keine Anmerkungen.

Art. 25, Universelle Anwendung

Die Vorschrift wird ausdrücklich begrüßt. Sie hat Konsequenzen für das bisherige nationale Kollisionsrecht (vgl. oben die Vorbemerkungen unter A. 5, S. 4)²⁷.

Art. 26, Rück- und Weiterverweisung

Der Ausschluss von Rück- und Weiterverweisungen nach Art. 26 VO-Entwurf ist im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander konsequent und einleuchtend. Im Verhältnis zu Drittstaaten sollte der *renvoi* dagegen bei der objektiven Anknüpfung des Art. 16 VO-Entwurf zugelassen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rückverweisung eines Drittstaates auf mitgliedstaatliches Recht nicht akzeptiert werden sollte.

Beispiel 9:

Ein deutscher Filmschauspieler verstirbt mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in Los Angeles, wobei er plant, im Ruhestand nach Deutschland zurück zu kehren.

Nach amerikanischem Verständnis hatte der Erblasser im obigen Beispiel zwar in Kalifornien seine *habitual residence*, aber sein *domicile* noch in Deutschland behalten, weil er sich nicht dauerhaft niederlassen wollte. Das Recht Kaliforniens verweist damit – mit Ausnahme des dort belegen Immobilienvermögens – auf das deutsche Recht als *lex domicilii* zurück. Da nach amerikanischem Verständnis die Nachlassabwickler nicht für Nachlassteile zuständig

²⁶ Siehe hierzu *Dutta*, *RebelsZ* 2009, 547, 598 f. bei Fußnote 328.

²⁷ *AA Kindler*, *IPrax* 2010, 44, 48.

sind, die nicht ihrem Recht unterliegen, käme es ohne Rückverweisung zu einer Normenlücke, die auch bei Annahme einer Zuständigkeit nach Art. 6 VO-Entwurf nicht durch europäische Gerichte gefüllt werden könnte.

Art. 26 VO-Entwurf sollte daher wie folgt umformuliert werden²⁸:

Formulierungsvorschlag:

„1. Unter dem nach dieser Verordnung anzuwendenden Recht eines Staates sind die in diesem Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts zu verstehen.

2. Wird im Wege des Art. 16 auf das Recht eines Staates verwiesen, in dem diese Verordnung nicht gilt, so ist auch dessen Internationales Privatrecht anzuwenden. Soweit das Recht dieses anderen Staates auf das Recht eines Mitgliedstaates verweist, sind dessen Sachnormen anzuwenden. Gleiches gilt für die Verweisung auf das Recht eines anderen Drittstaates, sofern diese Verweisung annimmt.“

Art. 27, Öffentliche Ordnung (*ordre public*)

Art. 27 Abs. 2 VO-Entwurf stellt klar, dass Pflichtteilsansprüche (auch Noterbrechte? Die französische Fassung spricht von *réserve héréditaire*) als solche nicht dem *ordre public*-Vorbehalt unterfallen. Dies ist sehr zu begrüßen, vermehrt dies doch die rechtssicheren Gestaltungsmöglichkeiten unter dem nach Art. 16 oder Art. 17 VO-Entwurf anwendbaren Recht. Letztlich handelt es sich bei dieser Vorschrift um die folgerichtige Umsetzung des in Art. 16 und 17 VO-Entwurf zum Ausdruck kommenden Kompromisses zwischen Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsprinzip.

Art. 28, Staaten ohne einheitliche Rechtsordnung

Hierzu haben wir keine Anmerkungen.

²⁸ Ähnlich Kindler, IPrax 2010, 44, 48 f.

Artt. 29-33, Anerkennung einer Entscheidung, Gründe für die Nichtanerkennung einer Entscheidung, Ausschluss einer Nachprüfung in der Sache, Aussetzung des Verfahrens, Vollstreckbarkeit

Zu Artt. 29-33 VO-Entwurf, die nach dem Vorbild der EG-Verordnung Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 (Verordnung des Rates über die gerichtliche Zulässigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, sog. „Brüssel-I-Verordnung“ (VO Nr. 44/2001/EG vom 22.12.2000, ABl. L 012 vom 16.01.2001, S. 1 – Dokument 32001 R 0044) formuliert sind, bestehen aus unserer Sicht keine Änderungsvorschläge. Die in der Praxis etablierten Formulierungen beziehen sich zwar vornehmlich auf Streitige Verfahren, dürften aber auch für Entscheidungen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwendet werden können.

Art. 34, Anerkennung öffentlicher Urkunden

Für diese Vorschrift besteht kein Bedürfnis, sie sollte gestrichen werden.

Zum einen ist ihr Anwendungsbereich erheblich weiter als es den Entwurfsverfassern bewusst zu sein scheint (siehe die obigen Erwägungen zu A 4., S. 3). Im bisherigen *acquis communautaire* des IPR findet man als Vorbild allenfalls Art. 23 des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen vom 25. Oktober 1980²⁹, der in solchen Verfahren wegen ihrer großen Eilbedürftigkeit ausdrücklich das Verlangen nach Legalisationen oder Apostillen ausschließt. Art. 24 dieses Abkommens bringt zusätzliche Erleichterungen mit Bezug auf die Verfahrenssprache.

Die Gründe, die bei Kindesentführungen für solche Vorschriften sprechen, greifen hier jedoch gerade nicht durch. Aspekte der Transaktionssicherheit haben hier Vorrang. Es ist uns bekannt, dass man leider auch in manchen EU-Mitgliedstaaten je nach aufgewendeter Gegenleistung Personenstandsurkunden mit einem vom Auftraggeber gewünschten Inhalt erhalten kann. Dass ein Interesse daran bestehen kann, dass bestimmte Personen vor dem Tod des Erblassers erzeugt bzw. erst nach dessen Tod verstorben sind bzw. der Erblasser zu einem bestimmten Zeitpunkt noch gelebt hat, hat unlängst der Frankfurter Fall *Wolski* verdeutlicht. Nur der Wachsamkeit eines französischen Kollegen ist zu verdanken, dass die beabsichtigte Schenkung einer Wohnung in Cannes durch die Witwe an deren „Freund“ mit Vorlage einer **falschen Lebensbescheinigung** unter Umgehung der Rechte der Kinder aus erster Ehe (*réservataires* des Erblassers) scheiterte. Wäre die beabsichtigte Transaktion (Veräußerung einer Wohnung durch einen Verstorbenen) in einem anderen Mitgliedstaat vorgenommen worden, hätte die beabsichtigte Straftat dort u. U. vollendet werden können.

Darüber hinaus ist auch unklar, was der Begriff der "Anerkennung" öffentlicher Urkunden eigentlich beinhaltet. Vermutlich soll diese weiter reichen als eine bloße Befreiung von zusätzlichen Formerfordernissen wie Legalisation und Apostille. Zumindest öffentliche Urkunden der Notare haben aber im Unterschied zu (gerichtlichen) "Entscheidungen", bei

²⁹ BGBl. II, 1990, 207.

denen ein ganz bestimmter Urteilsausspruch oder Beschluss umgesetzt wird, keinen verallgemeinerungsfähigen Inhalt. Ihr Inhalt bestimmt sich vielmehr nach den konkreten Anforderungen des anwendbaren Rechts. Die Anerkennung könnte sich daher im Grunde nur darauf beziehen, dass eine bestimmte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Erklärung abgegeben hat. Die Wirksamkeit der Erklärung selbst kann aber nur von dem anwendbaren Recht bestimmt werden.

Beispiel 10:

Der Verstorbene hinterlässt ein notarielles Testament, in dem er einen Testamentsvollstrecker beruft und diesem zugleich eine postmortale Vollmacht zur Abwicklung aller Nachlassangelegenheiten einräumt.

Eine "Anerkennung" dieser öffentlichen Urkunde kann aus unserer Sicht gerade nicht die höchst problematische Frage ersetzen bzw. beantworten, ob eine postmortale Vollmacht nach dem anwendbaren Erbrecht bzw. dem jeweiligen Vertragsstatut, das für die einzelnen Rechtsgeschäfte, die mit dieser Vollmacht ausgeführt werden sollen, gilt, überhaupt rechtlich zulässig ist.

Aber auch im engeren Bereich des Erbrechts, auf den sich die Anerkennung nach Art. 34 VO-Entwurf aufgrund des Anwendungsbereichs der Verordnung nur beziehen kann, ist kein echter Bedarf einer inhaltlichen Anerkennung zu erkennen:

- An "anzuerkennenden" Dokumenten aus der Zeit **vor** dem Todesfall kämen nur die in öffentlicher Urkunde errichteten Testamente sowie Urkunden zum Verwandtschaftsverhältnis und zum Personenstand in Betracht. Bei Testamenten scheidet eine Anerkennung ohnehin aus, da deren Wirksamkeit Frage des Form- und des Erbstatuts ist. Personenstandsfragen sind überwiegend Vorfragen, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Erbrechts-VO zu entscheiden sind.
- "Entscheidungen" des Nachlassgerichts (einschließlich der Stellen, die nach Art. 2 (b) VO-Entwurf deren Aufgaben übernehmen) sind bereits nach Art. 29 VO-Entwurf anzuerkennen, so dass Art. 34 VO-Entwurf nicht benötigt wird.
- Übrig bleiben damit im Grunde nur öffentliche Urkunden, die **nach** dem Tod errichtet werden, aber nicht die Qualität einer Entscheidung haben (wie z.B. das Notarzeugnis über die Erbfolge – dessen fehlende Anerkennungsfähigkeit aber wiederum durch das europäische Nachlasszeugnis ersetzt werden soll) oder mit denen die Nachlassauseinandersetzung geregelt wird. Gerade letztere Urkunden werden aber durch das anwendbare Erbrecht oder das gewählte Vertragsrecht bestimmt, so dass eine Anerkennung ausländischer Urkunden nicht sinnvoll ist.

Unklar ist überdies, wie öffentliche Urkunden „angefochten“ werden. In Deutschland gibt es kein entsprechendes förmliches Verfahren. Die Wirksamkeit und der Beweiswert öffentlicher Urkunden werden lediglich inzident geprüft. Hier wäre zu klären, welche Verfahren den Entwurfsverfassern konkret vor Augen standen.

Art. 35, Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden

Art. 35 VO-Entwurf hat keinen eigenständigen Regelungsgehalt und sollte daher entfallen. Die Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden ergibt sich bereits aus der zitierten Brüssel-I-Verordnung (VO Nr. 44/2001/EG vom 22.12.2000, ABl. L 012 vom 16.01.2001, S. 1 – Dokument 32001 R 0044).

Art. 36, Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses

Mit der Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses trägt die Verordnung einem steigenden Bedürfnis der Rechtspraxis Rechnung. Mit der zunehmenden grenzüberschreitenden Mobilität der EU-Bürger mehren sich auch die Fälle, in denen sich Vermögen eines Erblassers nicht nur in seinem Wohnsitz- bzw. Heimatstaat befindet, sondern in verschiedenen Ländern. Wir begrüßen daher die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses als Mittel zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Nachlassabwicklung ausdrücklich.

Zutreffend geht Art. 36 Abs. 2 VO-Entwurf davon aus, dass das Europäische Nachlasszeugnis **neben** etwaige innerstaatliche Nachlasszeugnisse tritt, in Deutschland also neben den Erbschein. Vor allem bei Sachverhalten ohne Auslandsberührung, die noch immer die Mehrzahl der Erbfälle darstellen, oder in den Fällen, in denen zwar ein Auslandsbezug besteht, sich das Nachlassvermögen allerdings ausschließlich im Inland befindet, wird man zukünftig weiter (ausschließlich) einen deutschen Erbschein beantragen. Gleichwohl steht es dem Antragsteller nach der VO auch in solchen Fällen frei, ein Europäisches Nachlasszeugnis an Stelle oder neben dem innerstaatlichen Erbrechtszeugnis zu beantragen.

Im Zweifel wird die Erteilung eines deutschen Erbscheins jedoch in der täglichen Praxis schneller und einfacher zu erreichen sein als die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Letzteres ist alleine schon deshalb relativ komplex, weil das Europäische Nachlasszeugnis und die in ihm enthaltenen Angaben nach dem derzeitigen Stand auf alle (!) mitgliedstaatliche Rechtsordnungen gleichermaßen zugeschnitten ist (zu den erforderlichen Angaben vgl. noch unten die Erläuterungen zu Art. 42 VO-Entwurf).

Zuständigkeitskonflikte im Hinblick auf das innerstaatliche und das europäische Nachlassverfahren und damit sich möglicherweise widersprechende Entscheidungen dürften in der Regel nicht auftreten. In allen Fällen mit Auslandsberührung bestimmt sich zukünftig die internationale Zuständigkeit für Nachlasssachen einheitlich nach Artt. 3 ff. VO-Entwurfs. Dies hat zur Folge, dass die nach Artt. 3 ff. VO-Entwurf zu bestimmende Stelle sowohl für das innerstaatliche Erbscheinsverfahren als auch für das europäische Nachlasszeugnis zuständig wäre.

Art. 37, Zuständigkeit für die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses

Die Überschrift dieser Bestimmung wäre zunächst in „Antrag auf Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses“ zu ändern (*Demande d'un certificat successoral européen*).

Art. 37 Abs. 2 VO-Entwurf kann gestrichen werden, wenn sich die Zuständigkeit für die Erteilung des Nachlasszeugnisses bereits aus den allgemeinen Bestimmungen ergeben soll. Auch der Hinweis in Art. 36 Abs. 1 S. 2 VO-Entwurf, wonach das Zeugnis „von der nach Maßgabe *dieses Kapitels* zuständigen Behörde“ erteilt wird, wirkt insofern irreführend. Aus der internationalen Zuständigkeit für das Nachlassverfahren im Allgemeinen sollte naturgemäß auch die Zuständigkeit für die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses folgen. Eine parallele oder isolierte Zuständigkeit ausschließlich für die Erteilung des Nachlasszeugnisses dürfte weder sinnvoll noch gewollt sein.

Wenn die Frage der Zuständigkeit in den Artt. 39 ff. VO-Entwurf überhaupt aufgegriffen wird, dann sollte dies im Sinne einer Klarstellung geschehen, ob (ausschließlich) das nach dem **Kapitel II** (Artt. 4-6 VO-Entwurf) für das Nachlassverfahren international zuständige und befassete Gericht auch das Nachlasszeugnis auszustellen hat oder eine isolierte Zuständigkeit für die Erteilung des Nachlasszeugnisses bestehen kann. Wurde etwa das Nachlassverfahren gem. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VO-Entwurf aufgrund Rechtswahl des Erblassers vor den Gerichten des Heimatstaates durchgeführt, so sollte klar erkennbar sein, ob sich aus den Bestimmungen des Kapitels VI (Artt. 37 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 VO-Entwurf) eine (wiederauflebende oder isolierte) Zuständigkeit der Gerichte des Wohnsitzstaates für die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses ergeben kann. Nur so kann auch der Erlass unterschiedlicher, ggf. voneinander abweichender Erbnachweise (Nachlasszeugnisse) durch verschiedene Gerichte in den Mitgliedstaaten sicher vermieden werden.

Beispiel 11:

Ein mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland verstorbener Niederländer hat augenscheinlich nur Vermögen in den Niederlanden hinterlassen. In einem Testament hat er sein Heimatrecht als Erbstatut gewählt. Nach entsprechender Antragstellung setzt das deutsche Nachlassgericht das Verfahren nach Art. 5 Abs. 1 VO-Entwurf aus; die Erben führen daraufhin das Nachlassverfahren gem. Art. 5 Abs. 2 VO-Entwurf in den Niederlanden unter Anwendung des niederländischen Erbrechts durch. Ein Europäisches Nachlasszeugnis wird mangels Antrags nicht erteilt. Ein Jahr nach Abschluss des Nachlassverfahrens in den Niederlanden stellt sich heraus, dass der Erblasser noch Konten bei mehreren Banken in Berlin und Rom besaß. Nunmehr wenden sich die Erben mit dem Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses an ein deutsches Nachlassgericht. Ein Antrag gem. Art. 5 Abs. 1 VO-Entwurf wird von keinem Beteiligten gestellt.

Nach der dem VO-Entwurf zugrunde liegenden Systematik bestünde in diesem Fall eine ausschließlich auf das Nachlasszeugnisverfahren beschränkte internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte. Eine Verweisungs- oder Abgabemöglichkeit an das erst-

befasste Nachlassgericht in den Niederlanden wäre nicht gegeben. Inwieweit das deutsche Nachlassgericht an die Feststellungen des Nachlassgerichts gebunden wäre, hinge von der Reichweite der Anerkennungspflicht gem. Art. 29 VO-Entwurf ab

Zur Antragsbefugnis sollte klargestellt werden, dass neben Erben und Vermächtnisnehmern auch Nachlassgläubiger und Testamentsvollstrecker antragsbefugt sind.

Art. 38, Inhalt des Antrags

a) Allgemein

Der Inhalt des Antrags bestimmt sich zwingend nach dem materiellen Erbrecht. Ein Blick auf die §§ 2354 und 2355 BGB verdeutlicht dies etwa im Hinblick auf das deutsche Recht. Der Inhalt dieser Vorschriften ergibt sich hierbei aus vier erbrechtlichen Grundentscheidungen des deutschen Gesetzgebers, nämlich

- (i) dem Anfallsprinzip,
- (ii) der Gesamtrechtsnachfolge des Erben (im Unterschied zum Vermächtnisnehmer aufgrund allein zugelassenen Damnationslegats³⁰) und
- (iii) der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts als schuldrechtlichem Anspruch und nicht als materiellem Noterbrecht.
- (iv) Verfahrensrechtlich kommt der Aufbau der Nachlassverfahren nach dem „Baukastenprinzip“ (oben S. 12) hinzu.

Aufgrund dieser Grundentscheidungen sind in einem deutschen Nachlassverfahren bestimmte Angaben zu dem zugrunde gelegten Sachverhalt zu machen. Ergänzende Angaben sind in den Fällen des § 2369 BGB erforderlich, wenn der Nachlass Vermögenswerte umfasst, die sich im Ausland befinden und der Erbschein auf die im Inland befindlichen Gegenstände beschränkt werden soll. In letztgenannten Fällen wird allerdings ein Europäisches Nachlasszeugnis eher selten vorkommen.

Wegen anderer Positionsbestimmung weicht dementsprechend der Antragsinhalt in anderen Rechtsordnungen von den „Mindestanforderungen“ des deutschen Erbrechts ab. Hätte Frankreich ein deutsches Erbscheinsverfahren, so wären bei testamentarischer Erbfolge neben der ausdrücklichen Annahme der Erbschaft (unter Vorbehalt oder vorbehaltlos) Angaben zu den *réservataires* erforderlich, um diesen rechtliches Gehör zu geben. Gegebenenfalls wären auch Angaben zu Vorschenkungen aufzunehmen, soweit diese erbrechtliche Auswirkungen haben.

³⁰ Speziell hieran zeigen sich die durch das Abstraktionsprinzip generierten Effizienzgewinne.

b) Inhalt des Antrags

Der VO-Entwurf geht an dieser Stelle den Weg, die Anforderungen **aller** in Betracht kommenden Rechtsordnungen zu kumulieren. Dies wird für den Antragsteller und für das zuständige Gericht im Vergleich zum innerstaatlichen Nachlassverfahren bzw. Erbrechtsnachweis regelmäßig einen erheblichen Mehraufwand bedeuten und ist daher ineffizient. Der Umfang der vom Antragsteller verlangten Angaben und Nachweise steht hierbei naturgemäß in engem Zusammenhang mit den Verlautbarungen, die gem. Art. 41 Abs. 2 VO-Entwurf als Inhalt des Nachlasszeugnisses vorgesehen sind (dazu die hiesige Kommentierungen zu Art. 41 VO-Entwurf, S. 35ff.). Demgegenüber sollte Art. 38 VO-Entwurf jedoch nur einen **Mindestinhalt** vorsehen und darüber hinaus gehend auf das jeweilige Verfahrensrecht der *lex fori* (zuständiges Gericht nach Artt. 4 ff. VO-Entwurf) bzw. das anwendbare Erbstatut abstellen.

Als solcher, jeweils vom Antragsteller anzugebender, Mindestinhalt kämen letztlich die Angaben nach § 2354 Abs. 1 BGB in Betracht, hinsichtlich des Erblassers aber erweiternd Namen, Vornamen, Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit, Sterbetag/-ort, letzter Wohnsitz und – sofern abweichend vom Wohnsitz – der letzte gewöhnliche Aufenthalt. Bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen kommen die Angaben nach § 2355 BGB hinzu. Weitergehende Anforderungen ergeben sich dann aus dem nationalen Recht.

c) Beweisfragen

Hinsichtlich des Nachweises der beizubringenden Angaben ist zunächst zu bemerken, dass auch im deutschen Erbscheinsverfahren nicht alles durch Urkunden belegt werden muss. Es gilt hier vielmehr § 26 FamFG. Die Tatsache, dass jemand nicht verheiratet ist, lässt sich schließlich nicht urkundlich nachweisen. Hier reicht die eidesstattliche Versicherung aus. Letztlich ist dies jedoch eine Frage des nationalen Verfahrensrechts. Es ist sicher richtig, europäische Mindeststandards für einen Urkundenbeweis festzulegen. Man sollte aber das Kind nicht mit dem Bade ausschütten. Ein in einem kongolesischen Lager geborener Erblasser oder ein in einer religiösen Zeremonie adoptierter Erbe wird u.U. keine verwendbaren Personenstandsurkunden besitzen.

Beispiel 12:

Nachdem Erblasser E den 2. Weltkrieg überlebt hatte, heiratete er in einem Lager für *displaced persons*, wohl vor einem britischen Offizier. Später lässt er sich durch ein Rabbinatsgericht scheiden. Außer dem Scheidungsurteil liegen keine Dokumente vor. War E verheiratet oder nicht?

Einerseits muss nach Art. 38 Abs. 2 VO-Entwurf die Richtigkeit der im Antrag enthaltenen Angaben durch Urkunden nachgewiesen werden. Andererseits sollen nach Abs. 1 (c) und (e) der Norm im Gegensatz dazu einfach Kopien von Verfügungen von Todes wegen bzw. von Eheverträgen genügen. Dies ist widersprüchlich und nicht ausreichend. Wie andere wichtige Nachweise wie Personenstandsurkunden, Adoptionsbeschlüsse oder Scheidungsanträge

bzw. -urteile zu erbringen sind, bleibt offen. Hier sollte man auf die Beweisregeln der *lex fori* vertrauen, andere haben wir nicht.

Mit einer bloßen Kopie kann das Fortbestehen einer letztwilligen Verfügung oder eines Ehevertrages nicht nachgewiesen werden. Angesichts der weitreichenden Wirkungen des Nachlasszeugnisses (Art. 42 VO-Entwurf) sollte es keine Ausnahmen von Art. 38 Abs. 2 VO-Entwurf geben, der zudem in Satz 2 auch andere Beweismittel zulässt.

Wenn Art. 38 VO-Entwurf dahin gehend zu verstehen sein soll, dass hierin nur Mindestanforderungen festgeschrieben werden sollen, sollte dies klarer zum Ausdruck kommen.

Jedenfalls Art. 38 Abs. 1 (c) VO-Entwurf sollte daher umformuliert werden.

Formulierungsvorschlag:

„(c) die sachlichen oder rechtlichen Umstände, die den Anspruch auf den Nachlass und/oder das Recht zur Nachlassverwaltung und/oder Testamentsvollstreckung begründen; ist der Antragsteller im Besitz einer Verfügung von Todes wegen, so ist die Urkunde dem Antrag beizufügen; hat der Antragsteller Kenntnis von einer Verfügung von Todes wegen, so ist anzugeben, bei welcher Person oder Behörde sich die Urkunde befindet;“

Im Zweifel wird das für die Erteilung des Nachlasszeugnisses zuständige Gericht auch für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen zuständig sein, so dass diese ohnehin im Original abzuliefern sind. Sollte dies nicht der Fall sein dürfte nach Art. 38 Abs. 2 auch die Niederschrift über die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen als Beweismittel genügen.

Art. 38 Abs. 1 (e) sollte ebenfalls umformuliert werden.

Formulierungsvorschlag:

„(e) ob der Erblasser einen Ehevertrag geschlossen hatte; ist dies der Fall, hat der Antragsteller den in seinem Besitz befindlichen Ehevertrag dem Antrag beizufügen; hat der Antragsteller anderweitig Kenntnis von dem Ehevertrag, so ist anzugeben, bei welcher Person oder Behörde sich die Urkunde befindet;“

Mit dieser Formulierung dürften sowohl die Urschrift (Original) als auch Ausfertigungen umfasst sein, die die Urschrift im Rechtsverkehr vertreten.

Art. 39, Teilzeugnis

Art. 39 VO-Entwurf gibt dem Antragsteller die Möglichkeit, das Nachlasszeugnisverfahren und damit auch den Inhalt bzw. Umfang des Nachlasszeugnisses auf bestimmte Feststellungen zu beschränken. Dieser Vorschrift kommt vor dem Hintergrund des Regelinhalts des Europäischen Nachlasszeugnisses gem. Art. 41 Abs. 2 VO-Entwurf eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Wie bei den Anmerkungen zu dieser Norm (S. 35ff.) näher ausgeführt wird, plädieren wir aus Gründen der Rechtsklarheit und der Praktikabilität ohnedies für eine Reduzierung des Inhalts des Europäischen Nachlasszeugnisses auf die für die Nachlassabwicklung und zur Erreichung der Wirkungen gem. Art. 42 VO-Entwurf unbedingt erforderlichen Angaben.

Sollte sich diese Auffassung nicht durchsetzen, so kann Art. 39 VO-Entwurf zumindest ein Korrektiv für Fälle schaffen, in denen der von Art. 41 Abs. 2 VO-Entwurf in der derzeitigen Fassung vorgegebene Inhalt des Nachlasszeugnisses über die nach dem materiellen Erbstatut für die Frage der Nachlasszuordnung- und -berechtigung erforderlichen Feststellungen hinausgeht oder gar irreführend wirken würde.

Inhaltlich ist zu Art. 39 VO-Entwurf anzumerken, dass dieser in (a) und (c) am ehesten diejenigen möglichen Angaben eines Teilzeugnisses enthält, die einem Erbschein nach deutschem Recht entsprechen. Unklar bleibt die Reichweite von lit c). Ist hier nur die Testamentvollstreckung gemeint oder auch die Nachlassverwaltung bzw. die Nachlasspflegschaft? Fällt nur die Verwaltungstestamentvollstreckung unter lit c) oder auch die reine Auseinandersetzungsvollstreckung? Die Vielschichtigkeit des Begriffs „*administrateur*“ wird in der deutschen Übersetzung („*Verwaltung*“) erst recht unklar. So lobenswert das Bemühen um Kürze ist, hier leidet die begriffliche Präzision.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht lässt Art. 39 VO-Entwurf allerdings offen, in welcher konkreten Form ein solches Teilzeugnis auszustellen ist. Ein ausdrücklicher (ggf. eingeschränkter) Verweis auf das im Anhang II abgedruckte Formular fehlt, so dass unklar bleibt, welche Abschnitte des Vordrucks in jedem Falle auszufüllen sind und welche Ziffern bei eingeschränktem Antragsgegenstand offen bleiben können/müssen.

Nicht zuletzt deshalb mag bezweifelt werden, ob sich Art. 39 VO-Entwurf systematisch an der richtigen Stelle innerhalb der Verordnung befindet, regelt er doch nicht nur die Zulässigkeit eines entsprechenden einschränkenden Antrags, sondern auch den Inhalt des zu erteilenden Zeugnisses. Insoweit wäre Art. 39 VO-Entwurf zutreffender als zusätzlicher Absatz in Art. 41 VO-Entwurf einzuordnen.

Art. 40, Erteilung des Nachlasszeugnisses

Art. 40 Abs. 3 VO-Entwurf gewährt weitgehende Zugriffsrechte des zuständigen Nachlassgerichtes auf öffentliche Register in allen Mitgliedstaaten; dies bedarf jedoch der technischen Umsetzung und erfordert entsprechende Vorüberlegungen der Mitgliedstaaten.

Während die ersten beiden Absätze des Art. 40 VO-Entwurf den verfahrensrechtlichen Ablauf und die zur Ausstellung des Nachlasszeugnisses erforderlichen Untersuchungen bzw. Beweiserhebungen den innerstaatlichen Gerichten überlassen, sieht Abs. 4 die Möglichkeit („kann“) der Ladung von Beteiligten und Nachlassverwaltern oder Testamentsvollstreckern vor. Die Vorschrift erscheint weder im Hinblick auf ihr Regelungsziel, noch auf ihren Anwendungsbereich hinreichend klar. Zum einen ist der Begriff des „Nachlassberechtigten“ in Abs. 4 wohl falsch übersetzt („*personnes intéressées*“ sind eher die „*Beteiligten*“). Dieser Begriff ist schillernd: Fallen darunter auch Pflichtteilsberechtigte und Vermächtnisnehmer, letztere unabhängig von der dinglichen oder schuldrechtlichen Wirkung des Vermächtnisses? Welche Stellung haben Nachlassgläubiger? Zum anderen bleibt offen, ob und inwieweit das nationale Nachlassverfahrensrecht durch diese Regelung unmittelbar erweitert werden soll. Im Zweifel wird das nationale Recht ohnehin die Möglichkeiten der Ladung von und der Bekanntmachung gegenüber „Nachlassberechtigten“ vorsehen. Insofern erscheint die Regelung überflüssig.

Wenn überhaupt eine unmittelbar in der Verordnung wurzelnde konkrete Vorgabe für die Ausgestaltung des Ermittlungs- und Beweiserhebungsverfahrens für erforderlich gehalten wird, dann wohl am ehesten eine Benachrichtigungspflicht gegenüber bestimmten Nachlassberechtigten (andere Personen als den Antragsteller). Eine solche könnte aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des fairen Verfahrens („rechtliches Gehör“) einen europäischen Mindeststandard in diesem Bereich normieren.

Art. 41, Inhalt des Nachlasszeugnisses

Art. 41 VO-Entwurf regelt den Inhalt des Nachlasszeugnisses. Diese Vorschrift muss deutlich gestrafft werden. Denn das Zeugnis dient nur als Erbausweis bzw. Nachweis der Verfügungsbefugnis im Rechtsverkehr und damit dem Verkehrsschutz. Für Dritte, denen das Zeugnis vorgelegt wird, muss knapp, klar und verständlich verlautbart werden, wer im Hinblick auf den Nachlass in welcher konkreten Form berechtigt ist (vgl. dazu den Inhalt und die Wirkungen des deutschen Erbscheins).

Eine ausführliche Sachverhaltsschilderung, Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit sowie des Inhalts des Nachlasszeugnisses, sonstige Umstände wie etwaige Eheverträge, Ausführungen dazu, wie die Erbschaft angenommen worden ist oder zu Nachlassinventaren sorgen im Rechtsverkehr lediglich für Verwirrung. Ohne Annahme der Erbschaft gibt es kein Nachlasszeugnis. Ob ein Inventar errichtet wurde oder nicht, ist unerheblich für die Frage, wer Erbe ist. Erheblich wäre nur das Ergebnis, nämlich eine Beschränkung der Erbenhaftung. Was gilt darüber hinaus etwa, wenn ein kundiger Jurist Widersprüche in der recht-

lichen oder tatsächlichen Argumentation entdeckt? Ist die Gutgläubenswirkung des (gesamten?) Nachlasszeugnisses dann schon zerstört? Der Entwurf verliert an dieser Stelle den Adressatenkreis des Nachlasszeugnisses aus den Augen: Aufgrund der hierin enthaltenen Angaben muss etwa ein durchschnittlich ausgebildeter Mitarbeiter einer Bank oder einer Kraftfahrzeugzulassungsstelle entscheiden können, ob er ein Guthaben auszahlt oder eine Zulassungsbescheinigung Teil I und Teil II nach §§ 11, 12 der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (FZV) – früher: Kfz-Schein und Kfz-Brief – umschreibt.

Je nachdem, welches Recht als Erbstatut berufen ist und in welchem Mitgliedstaat das Zeugnis verwendet werden soll, können einige der gem. Art. 41 Abs. 2 VO-Entwurf vorgesehenen Inhalte des Nachlasszeugnisses deshalb auch missverständlich oder für die grenzüberschreitende Nachlassabwicklung zumindest hinderlich sein. Dies gilt etwa für die Angaben zu Vermächtnisnehmern und den ihnen zustehenden Nachlassgegenständen: Vermacht etwa ein Erblasser mit deutschem Erbstatut einem seiner Kinder - statt ihn als Erben einzusetzen – ein Geldvermächtnis, zu dem u.a. ein Bankguthaben in Frankreich gehört, so sind nach dem anzuwendenden deutschen Erbrecht die eingesetzten Erben Inhaber des Kontoguthabens geworden; der Vermächtnisnehmer hat lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisgegenstandes (Damnationslegat). Ob der Angestellte der französischen Bank das Guthaben den Erben aushändigt bzw. Verfügungen der Erben hierüber (z.B. zur Vermächtniserfüllung) akzeptiert, wenn im Nachlasszeugnis ausdrücklich der Vermächtnisnehmer und der Vermächtnisgegenstand aufgeführt sind, erscheint fraglich. Denn dies würde die Kenntnis der deutschen Erbrechtsprinzipien voraussetzen, die sich in diesem Fall grundlegend vom französischen Recht unterscheiden. Letzteres geht nämlich vom Prinzip des Vindikationslegats, also des unmittelbaren Anfalls beim Begünstigten, aus.

Daher sollte im Hinblick auf den Inhalt des Nachlasszeugnisses streng zwischen verfahrensrechtlichen Regelungen (insbesondere Begründungs-, Beibringungs- und Nachweispflichten) und dem aus Verkehrsschutzgründen erforderlichen Inhalt des Nachlasszeugnisses unterschieden werden. Dies gebietet bereits der Grundsatz, Justizmittel effizient und wirtschaftlich einzusetzen.

Das deutsche Recht kann hier Vorbildcharakter haben. Das (neue) Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nach FamFG) unterscheidet zweiaktig zwischen dem Beschluss über die Erteilung des Erbscheins und der nachfolgenden Erteilung/Nichterteilung des Erbscheins. Begründet wird hierbei lediglich der Beschluss, nicht aber der Erbschein selbst. Der Erbschein kann daher auf die im Rechtsverkehr notwendigen Informationen beschränkt werden. Eine Begründung des Beschlusses ist lediglich bei einer ablehnenden Entscheidung (wobei in diesem Fall denknotwendig anschließend gerade kein Nachlasszeugnis erteilt wird) sowie bei widersprüchlichem Vortrag von Verfahrensbeteiligten erforderlich.

Art. 44 VO-Entwurf scheint ebenfalls von einem zweistufigen Verfahren auszugehen, indem er zwischen dem „Beschluss über die Erteilung“ und der „Erteilung“ zu differenzieren scheint. Dies alles ist jedoch im Ergebnis Sache des nationalen Verfahrensrechts.

Anstelle einer Lösung mit ohnedies illusorischem Vollständigkeitsanspruch empfiehlt sich eine flexible Fassung mit 3 Absätzen:

Absatz 1 statuiert den zwingenden Mindestinhalt des Nachlasszeugnisses, welcher auf dem Mindestinhalt des Antrags nach Art. 38 VO-Entwurf aufbaut („Muss-Inhalt“) (siehe zum Mindestinhalt oben Seite 32).

Absatz 2 regelt als (zwingende) „Zielvorgabe“, dass in das Zeugnis die Informationen aufzunehmen sind, die im „Zielland“ (d.h. dem Land, in dem Vermögen belegen ist) zur Verwirklichung des Rechtsübergangs („*traditio*“) auf den Erben/Vermächtnisnehmer erforderlich sind.

Absatz 3 enthält als „Kann-Inhalt“ nicht zwingende und nicht abschließende Vorschläge für weitere Angaben im Zeugnis, die sich aus der Besonderheit des anwendbaren Erbstatuts und/oder der Rechtsordnung des Ziellandes ergeben können.

Beispiel 13 (Fortentwicklung von Beispiel 6, S. 22f.):

Vor einem deutschen Nachlassgericht wird ein Europäisches Nachlasszeugnis nach einem Franzosen beantragt, der mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland verstorben ist. Er hatte in seinem Testament französisches Erbrecht gewählt und seine zweite Frau zur Alleinerbin eingesetzt. Seine drei Töchter aus erster Ehe bedenkt er mit Vermächtnissen je auf ein Wertpapierdepot in Frankreich und in Deutschland. Weiterhin hinterlässt er noch Grundbesitz in Deutschland und in Frankreich.

Hier wird man in das Europäische Nachlasszeugnis zur Verwendbarkeit in Frankreich zum einen Angaben zu den Töchtern (materielle Noterben), zum anderen zu den Vindikationslegaten und zum französischen Grundbesitz aufnehmen müssen. Insbesondere müssen diese Nachlassgegenstände hinreichend bestimmt sein, damit das Wertpapierdepot umgeschrieben und die *publicité foncière* bzgl. des Grundbesitzes hergestellt werden kann. Zum deutschen Grundbesitz und dem übrigen in Deutschland belegenen Vermögen sind keine weiteren Angaben erforderlich; die Verlautbarung der Alleinerbenstellung der Ehefrau reicht insoweit aus. Machen die Töchter ihre Noterbrechte nach Art. 921 ff. Code Civil geltend, so wird eventuell das Nachlasszeugnis eingezogen und neu erteilt.

In der praktischen Umsetzung wird man davon ausgehen können, dass der Antragsteller darüber informiert ist, was das „Zielland“ benötigt, im Erteilungsstaat daher zweckmäßige Anträge stellt und die das Zeugnis erteilende Stelle auf diese Bedürfnisse eingeht, wenn ihr der hierfür nötige Freiraum gewährt wird. Um einen Vergleich zu militärischen Führungs-

systemen zu ziehen: dem Europäischen Gesetzgeber sei hier der Wechsel von der Befehls-taktik zur Auftragstaktik anempfohlen.

Art. 42, Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses

Die in Art. 42 VO-Entwurf angestrebten Rechtswirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses (Legitimation, Gutgläubensschutz und Beweisfunktion) werden uneingeschränkt begrüßt. Ob diese Ziele mit der derzeit vorgesehenen Ausgestaltung des Nachlasszeugnisses immer erreicht werden können, muss allerdings bezweifelt werden (vgl. die hiesigen Anmerkungen zu Art. 38 und 41 VO-Entwurf, S. 31ff. und 35ff.).

Nur dann, wenn das Nachlasszeugnis einen eindeutigen und auf den ersten Blick erfassbaren Nachweis über die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis (und/oder diesbezüglichen Beschränkung) beinhaltet, wird die angestrebte Legitimations- und Beweisfunktion erreicht. Je mehr das Nachlasszeugnis mit Angaben zu Entscheidungsgrundlagen und Rechtsfindung „belastet“ wird, desto stärker wird seine Gutgläubenswirkung i.S.v. Art. 42 Abs. 3 und 4 VO-Entwurf eingeschränkt. Wie bereits ausgeführt, sollten deshalb die von Art. 41 Abs. 2 VO-Entwurf normierten inhaltlichen Anforderungen an das Nachlasszeugnis an den Regelungszielen des Art. 42 VO-Entwurf ausgerichtet und überarbeitet werden.

Art. 43, Berichtigung, Aussetzung oder Einziehung des Europäischen Nachlasszeugnisses

Nach Art. 43 VO-Entwurf verbleibt die Urschrift des Nachlasszeugnisses bei Gericht. Dieses erteilt sodann an Antragssteller oder Personen mit berechtigtem Interesse Ausfertigungen.

Art. 43 Abs. 2 VO-Entwurf beschränkt die Gültigkeit von Ausfertigungen (nicht der Urschrift) auf 3 Monate. Dies widerspricht nicht nur deutschem Rechtsdenken, wonach die Ausfertigung die Urschrift im Rechtsverkehr vertritt und in der Gültigkeit zeitlich nicht beschränkt werden kann. Die Beschränkung der Geltungsdauer wird überdies auch den Erfordernissen in der gerichtlichen wie notariellen Praxis nicht gerecht.

Beispiel 14:

Ein rumänisches europäisches Nachlasszeugnis wird für eine deutsche Grundbuchumschreibung benötigt. Der Antrag auf dieses wird wahrscheinlich aus rumänischer Sicht mindestens einer öffentlichen Beglaubigung, einer Übersetzung in das Rumänische und einer Apostille bedürfen. Gleiches gilt für die Anlagen. Das Zeugnis bedarf dann wiederum einer Apostille und der Übersetzung in das Deutsche. Bis allein das erledigt ist, sind von den drei Monaten schon zwei wieder vorbei.

Schon bei einfach gelagerten Fällen erweist sich die (kurze) „Verfallsfrist“ als wirklichkeitsfremd. Erst recht gilt dies in allen Fällen, in denen dauerhafte Rechtsverhältnisse am Nach-

lass bestehen oder angeordnet sind oder der Nachlass nach dem Willen der Erben nicht auseinandergesetzt werden soll:

- Der Dauertestamentsvollstrecker, der im Rahmen seiner Nachlassverwaltung ständig über Gegenstände des Nachlasses verfügt oder Verbindlichkeiten für den Nachlass eingeht, wäre gezwungen, immer neue Nachlasszeugnisse zu beantragen, um seine (unstreitig) fortbestehende Legitimation nachzuweisen. Gleiches würde etwa für den Vorerben gelten.
- Die Erbengemeinschaft, die ein Wertpapierdepot als ungeteilten Nachlassgegenstand bestehen lässt, müsste für An- und Verkäufe jeweils nach Ablauf von drei Monaten ein aktuelles Nachlasszeugnis vorlegen. Gleiches gilt für die Erbengemeinschaft, die ein Mietshaus verwaltet und Erklärungen in Bezug auf Mietverträge abgeben will.

Die „Verfallfrist“ für Ausfertigungen würde zudem zu einer erheblichen zusätzlichen Arbeitsbelastung der ausstellenden Gerichte führen und gleichzeitig die Nachlassabwicklung unnötig erschweren. Überdies würde dies zu einer deutlichen Zunahme an Kosten für die Beteiligten bzw. die Gerichte führen.

Überdies müssten nach der derzeitigen Fassung des VO-Entwurfs Ausfertigungen eingezogen oder für kraftlos zu erklärt werden. Die Folgen einer ungültig werdenden Ausfertigung müssten dann ebenfalls bestimmt werden. Was gilt etwa für das Grundbuchverfahren, wenn die Ausfertigung zwischen Antragstellung und Grundbuchberichtigung/Umschreibung unwirksam wird?

Ingesamt erscheint die Regelung daher als wenig durchdacht und ineffizient. Sie sollte gestrichen werden.

Sollte es trotz dieser schwerwiegenden Bedenken bei der im VO-Entwurf vorgeschlagenen Regelung verbleiben, sollte die „Verfallfrist“ auf mindestens 1 Jahr verlängert und Art. 43 Abs. 2 VO-Entwurf im Interesse des Verkehrsschutzes um folgenden Satz ergänzt werden.

Formulierungsvorschlag:

„Die Gültigkeitsdauer der Ausfertigung ist auf der Ausfertigung anzugeben; dabei ist der letzte Gültigkeitstag ausdrücklich zu benennen.“

Art. 44, Rechtsbehelfe

Die Verordnung verweist für die Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen im Nachlasszeugnisverfahren auf die innerstaatlichen Rechtsordnungen. Dies erscheint die einzig sachgerechte Lösung.

Art. 45, Verhältnis zu bestehenden internationalen Übereinkünften

Die bestehenden Deutschland bindenden völkerrechtlichen Verträge³¹ sollten an die neue Rechtslage angepasst werden.

Art. 46, Informationen für die Öffentlichkeit

Nach Art. 46 VO-Entwurf sollen die Mitgliedstaaten der Öffentlichkeit über das Europäische Justizielle Netz für Zivil- und Handelssachen (EJN³²) Informationen zum jeweils nationalen Erb- und Erbverfahrensrecht zur Verfügung stellen.

An dieser Stelle sei auf zwei mit Mitteln der Europäischen Kommission derzeit im Rahmen des Programms „Civil Justice“ geförderte Projekte hingewiesen, um doppelte Arbeiten und eine etwaige Verschwendung von Ressourcen zu vermeiden.

Zum einen erarbeitet der *Conseil des Notariats de l'Union Européen* (CNUE³³) derzeit Informationen zum Erbrecht aller Mitgliedstaaten.³⁴ Zum anderen wird unter Führung des Deutschen Notarvereins³⁵ ein Internetportal zum Thema „Vorsorgende Rechtspflege in Europa“ entwickelt, das unter anderem ebenfalls Erbsachen behandeln wird. Dieses Portal wird sich vom Aufbau und der Navigation her eng an das Europäische Justizielle Netz für Zivil- und Handelssachen anlehnen, so dass sich eine spätere Verknüpfung des Justiziellen Netzes mit dem Portal zur vorsorgenden Rechtspflege anbietet.

Die Bundesregierung sollte die Europäische Kommission auf diese derzeit laufenden Vorarbeiten nochmals hinweisen und auf eine etwas weitere Fassung des Art. 46 VO-Entwurf (Ergänzung fett) hinwirken.

Formulierungsvorschlag:

*„Die Mitgliedstaaten stellen für die Öffentlichkeit über das Europäische Justizielle Netz für Zivil- und Handelssachen **oder damit verbundene Online-Angebote** eine Beschreibung ihrer innerstaatlichen erbrechtlichen Vorschriften und Verfahren sowie den Wortlaut einschlägiger Bestimmungen bereit. Die Mitgliedstaaten teilen alle späteren Änderungen dieser Bestimmungen mit.“*

³¹ Hierzu Palandt/*Thorn*, BGB 69. Aufl. 2010, Art. 25 EGBGB Rz. 4.

³² http://ec.europa.eu/civiljustice/index_de.htm.

³³ www.cnue.be.

³⁴ Projekt Nr. CNUE -JLS/CJ/2007-1/32.

³⁵ Projekt Nr. JLS/2008/JCIV/AG/1009-30-CE-03124370014. Weitere Projektpartner sind die Bundesnotarkammer, die Humboldt-Universität zu Berlin, das estnische Justizministerium und die Notarkammer Polen.

Artt. 47-49, Änderung der Formblätter, Ausschuss, Überprüfungsklausel

Artt. 47 und 48 VO-Entwurf erleichtern Änderungen der vorgesehenen Formblätter. Art. 49 VO-Entwurf ist sinnvoll. Es ist zu erwarten, dass sich in der praktischen Anwendung der Verordnung zusätzliche Fragen ergeben, die ggf. durch Anpassung der Verordnung gelöst werden können.

Art. 50, Übergangsbestimmungen

Die Vorschrift des Art. 50 VO-Entwurf muss gründlich überdacht werden. Wie bei jeder Übergangsbestimmung sind hier Vertrauensgesichtspunkte (nebst der ebenfalls betroffenen Testierfreiheit) mit dem Erfordernis der Rechtsklarheit (d. h. möglichst kurzes Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen) in Übereinstimmung zu bringen.

Der Grundsatz des Art. 50 Abs. 1 VO-Entwurf ist zumindest in allen Fälle der gesetzlichen Erbfolge richtig. Wer seine Nachlassplanung nicht bewusst gestaltet hat, verdient keinen besonderen Vertrauensschutz. Hier kann ohne weiteres die objektive Anknüpfung des Art. 16 VO-Entwurf an die Stelle des Art. 25 EGBGB treten. Probleme bereitet hier allerdings obiges Beispiel Nr. 4 (S. 19) zum gewöhnlichen Aufenthalt des Pflegebedürftigen.

Problematisch wird es ansonsten in denjenigen Fällen, in denen Erblasser Verfügungen von Todes wegen auf der Grundlage einer bestimmten Rechtsordnung getroffen haben und darauf vertrauen, dass diese Verfügungen später auch die beabsichtigten Wirkungen entfalten. Hier führt gerade im deutschen Recht der Wechsel vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum Aufenthaltsprinzip in unzähligen Fällen (etwa bei den sogenannten Gastarbeitergenerationen aus Portugal, Spanien, Italien oder der Türkei) zu einer Änderung der „Geschäftsgrundlage“ mit zum Teil unkalkulierbaren Folgen. Man könnte zwar argumentieren, dass der Erblasser seine erbrechtlichen Planungen nur hätte anpassen müssen. Dies erscheint jedoch realitätsfremd (welcher Erblasser verfolgt die europäische bzw. nationale Gesetzgebung?). Zudem trägt das Argument dann nicht mehr, wenn der Erblasser zu einer Änderung seines Testaments z.B. wegen fehlender Testierfähigkeit gar nicht mehr in der Lage war. Hier wird man überlegen müssen, ob in diesen Fällen nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes der Rechtszustand vor Inkrafttreten der Verordnung, einschließlich einer etwaigen Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 VO-Entwurf und der damit verbundenen Nachlassspaltung weitergelten soll.

Auf folgende Möglichkeiten weisen wir ausdrücklich hin:

Zum einen könnte man mit Blick auf die Wirksamkeit einer vor Inkrafttreten der Verordnung errichteten Verfügung von Todes wegen auf die Zeit ihrer Errichtung abstellen. Ergänzend sollte klargestellt werden, dass im Zweifel der Erblasser das zur Zeit der Testamentserrichtung ohne ausdrückliche Rechtswahl für ihn geltende Erbstatut gewählt hat, so dass auch die Wirkungen der letztwilligen Verfügungen nach dem „alten“ Recht zu beurteilen sind.

Dies ließe sich dogmatisch mit dem System der Erbrechtsverordnung dergestalt in Einklang bringen, dass in diesen „Altfällen“ eine Rechtswahl nach Art. 17 VO-Entwurf vermutet wird.

Insbesondere sollte ausdrücklich klargelegt werden, dass eine einmal wirksam errichtete letztwillige Verfügung durch das Inkrafttreten der Verordnung nicht unwirksam wird.

Daneben könnte vorgesehen werden, dass eine nach dem vor Inkrafttreten der Verordnung anwendbaren Erbrecht unwirksame letztwillige Verfügung wirksam wird, wenn sie nach dem nun anwendbaren Recht wirksam ist. Praktische Relevanz könnte dies zum einen für in Deutschland geschlossene Erbverträge/gemeinschaftliche Testamente ausländischer Erblasser haben, wenn nach dem Heimatrecht ein Erbvertrag materiell nicht zulässig ist. Zum anderen wäre eine Rechtswahl nach Art. 17 VO-Entwurf sozusagen im Vorgriff möglich.

Unverständlich erscheint die Differenzierung zwischen einem Zeitpunkt des Inkrafttretens und einem Zeitpunkt des Anwendungsbeginns der Verordnung. Es wird daher vorgeschlagen, den Zeitpunkt des Inkrafttretens wie folgt zu bestimmen:

Formulierungsvorschlag:

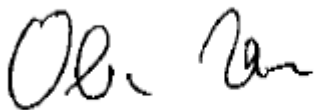
„Diese Verordnung tritt ein Jahr nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft.“

Art. 51, Inkrafttreten

Das verzögerte Inkrafttreten erscheint sinnvoll, um Wissenschaft und Kautelarpraxis Zeit zu geben, um sich auf die Veränderungen einzustellen.

Für Rückfragen und Ergänzungen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius
Präsident des Deutschen Notarvereins

Mitglieder der Arbeitsgruppe

Notar Dr. Christoph Döbereiner, Vilsbiburg

Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen

Notarin Cornelia Schmellenkamp, Leverkusen

Notar Dr. Markus Voltz, Offenburg

Notar Dr. Manfred Wenckstern, Hamburg